

**LA INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN LA HISTORIA**

**Coordinadora Remedios Aranda Rodríguez**



**ACTAS DEL CONGRESO “INCIDENCIAS DEL LENGUAJE EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS A LO LARGO DE LA HISTORIA” CELEBRADO EN LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE GETAFE, MADRID, LOS DÍAS 14 Y 15 DE ABRIL DE 2015**

**Comité Organizador:** Remedios Aranda Rodríguez (UC3M); Federica Pezzoli (UC3M) y M<sup>a</sup> del Pilar Pérez Álvarez (UAM).

**Comité Científico:** Remedios Aranda Rodríguez (UC3M); Lourdes Blanco Pérez-Rubio (UC3M) y María del Pilar Pérez Álvarez (UAM)

**Autor/es:** ÁLVAREZ ALONSO, Clara/ ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios/ BISCOTTI, Bárbara/ DÍAZ ROMERO, M<sup>a</sup> Rosario/ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María de la O/ HERCE MAZA, José Ignacio/ JUÁREZ TORREJÓN, Angel/ PÉREZ ALVAREZ, M<sup>a</sup>. Del Pilar/ SIERRA PÉREZ, María Isabel.

**Directora:** Aranda Rodríguez, Remedios

**Departamento/Instituto:** Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Universitario Lucio Anneo Seneca.

**ISBN:** 978-84-16829-17-0

**Fecha de edición:** 2017

**Palabras clave:** Interpretación; negocio jurídico; contratos; lenguaje; Marco Común de Referencia; testamento; propiedad; Derecho Romano; Epikeia; Francisco Suárez.

**Versión electrónica disponible en e-Archivo:**

<http://hdl.handle.net/10016/24997>

**Derechos:**



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

## INDICE

<b>PRÓLOGO</b> .....	5
<b>MARÍA DEL PILAR PÉREZ ALVAREZ.</b> INFLUENCIA DEL PRINCIPIO CANÓNICO <i>QUI TACET, CONSENTIRE VIDETUR</i> EN LA DOCTRINA DEL SILENCIO.....	7
<b>BARBARA BISCOTTI.</b> SOPRAVVENIENZE, RISCHIO CONTRATTUALE, <i>LITORA</i> E CONCESSIONI, TRA DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO. ....	33
<b>CLARA ÁLVAREZ ALONSO.</b> INTERPRETACIÓN Y EQUIDAD: DE LA AEQUITAS MEDIEVAL A LA EPIKEIA ALTOMODERNA.....	79
<b>MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.</b> “CUANDO LA DESIGNACIÓN DE HEREDERO NO RESULTA CLARA: SUPUESTOS Y REGLAS COMPLEMENTARIAS DE INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA”.....	110
<b>M<sup>a</sup> DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO.</b> "LA INTERPRETACIÓN Y LOS EFECTOS DE LOS TÉRMINOS EMPLEADOS EN EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO”.....	138
<b>ISABEL SIERRA PÉREZ.</b> “LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL” .....	156
<b>REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ.</b> LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO EUROPEO.....	170
<b>ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN.</b> LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO REGLAS DISTRIBUIDORAS DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS DECLARACIONES .....	190
<b>JOSÉ IGNACIO HERCE MAZA.</b> EL DOCTOR EXIMIUS: ANTIGUAS Y NUEVAS DOCTRINAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS. ....	202



## PRÓLOGO

La interpretación tiene un papel básico en el mundo jurídico en general. Pero, en el ámbito del negocio jurídico es una labor fundamental porque permite solventar problemas sobre el sentido que debemos dar a ciertas palabras, actos o comportamientos de las partes, e incluso, el significado que le daría un tercero. Lo más importante es conseguir encontrar el significado de la común voluntad de las partes en el contrato.

Partiendo de esta idea, se me ocurrió organizar un Congreso en el que pudiéramos estudiar esta labor jurídica a lo largo del tiempo. Para ello, y contando con la inestimable ayuda del Instituto de Estudios Clásicos “Lucio Anneo Séneca” de la UC3M, que confió en dicha idea, decidí convocar a una serie de juristas de gran calidad y muy reconocidas para organizar el Congreso. El título era el siguiente: “Incidencias del lenguaje en los negocios jurídicos a lo largo de la Historia”, que se celebró los días 14 y 15 de abril en la Universidad Carlos III de Madrid.

A través de este Congreso hemos pretendido mostrar una visión general de los problemas que a lo largo del tiempo se han planteado en la interpretación de los negocios jurídicos, inter vivos y mortis causa, fundamentalmente como consecuencia de la utilización de palabras con distintos sentidos lingüísticos. Pero también, aludiendo a otros sistemas de interpretación que no son las palabras y que se han utilizado continuamente a lo largo de la historia.

Con una visión básicamente jurídica, aunque comenzando con una exposición lingüística de los términos jurídicos, que realizó mi compañero Juan Signes y que por razones de tiempo no hemos podido incorporar, se analizan los problemas de interpretación de las declaraciones de voluntad de las partes en los distintos negocios jurídicos a lo largo de la Historia. Para ello, hemos comenzado por el Derecho Romano, pasando después al Derecho Intermedio para terminar en nuestro Derecho Positivo actual: nacional y europeo.

Para finalizar quiero manifestar mi más sincera gratitud a los ponentes, sin cuyo gran trabajo, realizado de forma totalmente desinteresada, no hubiera sido posible

celebrar este Congreso. Los ponentes se pusieron manos a la obra, confiando en este proyecto, y han realizado unas exposiciones magníficas que hemos recopilado en este trabajo. ¡¡¡MUCHAS GRACIAS A TODOS POR VUESTRO TRABAJO Y, COMO NO, POR VUESTRA AMISTAD!!!

Por supuesto, está fuera de duda mi gratitud al Instituto de Estudios Clásicos LUCIO ANNEO SENECA, sin cuya ayuda no sólo económica sino también de coordinación y organización, a través, tanto de su Director, Dr. D. Francisco Lisi, como de su Secretaria, la Dra. Federica Pezzoli, no hubiera tenido lugar este Congreso.

También quiero poner de manifiesto el interés expresado por los miembros de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, pero también de la Facultad de Humanidades, que nos acompañaron, y en especial, a los compañeros del Área de Derecho Civil y a los alumnos que siguieron con gran interés este Congreso. GRACIAS A TODOS.

Remedios Aranda Rodríguez

## PONENCIAS

### INFLUENCIA DEL PRINCIPIO CANÓNICO *QUI TACET, CONSENTIRE VIDETUR* EN LA DOCTRINA DEL SILENCIO<sup>1</sup>.

MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ\*

*Qui tacet, consentire videtur*

*Quien calla, consiente*

**Sumario: I. Introducción. II La anfibología del silencio.- III. Casuística del silencio en las fuentes romanas. IV. Distinción del silencio de otras figuras jurídicas afines. V. Influencia del Derecho canónico en la doctrina del silencio. La regla *qui tacet, consentire videtur*. VI. Posiciones doctrinales entorno a la interpretación de las fuentes romanas. VII. El valor actual del silencio en la formación del contrato. VIII. Conclusiones.**

#### I. INTRODUCCIÓN

El derecho positivo tiende a regular en sus normas todas las manifestaciones de la conducta humana con trascendencia en la vida en sociedad pero a veces ve frustrado ese deseo de uniformidad y no por inacción del legislador sino por la variedad de sentidos que encierra el problema que se quiere regular. Esto es precisamente lo que ocurre con el silencio. ¿Cómo puede la norma jurídica agotar todas las posibles actitudes que puede haber detrás del que simplemente calla?

---

\* El presente trabajo recoge la exposición realizada en el Congreso internacional titulado *Incidencias del lenguaje en los negocios jurídicos a lo largo de la Historia*, dirigido por la profesora Dra. D<sup>a</sup>. Remedios Aranda Rodríguez y celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 14 y 15 de abril de 2015,

\* Profesora Titular de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Madrid, e-mail: [pilar.perez@uam.es](mailto:pilar.perez@uam.es)

La teoría del silencio se construyó principalmente por vía doctrinal, siendo un tema clásico dentro de la teoría general del negocio jurídico que fue construido como un *Oberbegriff* o supraconcepto legal por los Pandectistas alemanes sobre las fuentes jurídicas romanas y su posterior interpretación doctrinal.

¿Qué es jurídicamente el silencio? ¿Cabe una regulación uniforme del tema? ¿Puede el silencio expresar una voluntad válida y vinculante fuera de los casos establecidos por la ley o por la voluntad de los contratantes? Y, en caso afirmativo, ¿en qué supuestos y con qué condiciones?

La solución que desde los glosadores se ha dado a estas cuestiones se vio muy influenciada por la regla canónica “*qui tacet, consentire videtur*” ¿Quién no ha pronunciado alguna vez la frase “quien calla, otorga”? Esta proposición, que tiene su origen en el Derecho canónico (*Liber Sextus* 5.12.43), se pronuncia como sentencia común en la vida diaria. Desde la época de los glosadores la regla tuvo gran influencia en la interpretación doctrinal del silencio y ni las numerosas excepciones que se le reconocieron desde el mismo momento de su formulación han sido suficientes para destruir el crédito social del que el aforismo goza.

El principio es contrario a la regla romana enunciada por Paulo, D.50.17.142, *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*. Esto quiere decir que el que guarda silencio ni afirma ni niega, no transmite *prima facie* más que la mera voluntad de callar.

Ambos principios, el romano y el canónico, veremos que encontraron difusión en el Medievo y tuvieron gran influencia en la doctrina posterior.

## II. LA ANFIBOLOGÍA DEL SILENCIO.

El silencio es, antes que un acto jurídico, un hecho de la experiencia común con importancia en el *proceso de la comunicación* donde la palabra y el silencio no se explican como conceptos opuestos sino necesarios, recíprocamente<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Afirma FIERRO BARDAJÍ, A., [“La conducta del silencio”, *El silencio. Compilación de Carlos Castilla del Pino*, Madrid, Ed. Alianza, 1992, p. 52-53] que el silencio forma parte con la palabra de la comunicación, pues aquél que acota y puntúa el discurso y, por tanto, está trabado con el discurso mismo. Pero el silencio no es sólo un elemento interno de la palabra sino que guarda relación activa con otros fenómenos humanos: con el pensamiento, con el deseo, con la práctica, con la comunicación entre las personas. Y a través de ellos el silencio llega a manifestarse como comportamiento significativo. En el mismo sentido, *cfr.* MATEU SERRA, R., *El lugar del silencio en el proceso de la comunicación*, Barcelona, 2001, p. 275



El silencio como quietud gestual, es un fenómeno que tiene un significado incierto y polivalente. Si bien toda conducta humana es ambigua, todo signo es equívoco<sup>3</sup>, el silencio lo es en grado sumo. La actitud del *tacens* que ante un requerimiento guarda silencio, permanece inmóvil, inerte, desconcierta por lo que tiene de incertidumbre y plantea un problema de *interpretación jurídica*. El silencio, por sí sólo, no dice o significa nada y, a menos que esté interpretado por otros signos, no es capaz de influir en acciones o regularlas. Más, cuando al silencio le acompaña un gesto o comportamiento del que pueda derivarse la voluntad del que calla, esta situación sale fuera del supuesto que nos ocupa.

Pensemos, por ejemplo, en el caso en que yo le pido a un amigo que me preste un libro. Mi amigo calla, no responde. De su conducta no deriva claramente si me presta o no su libro. En este caso, será necesaria la *interpretación* de su respuesta que puede ser positiva, de asentimiento (consiente en dejarme el libro) o negativa (de disenso) pero también puede tener una serie de significados intermedios (simulación, omisión, reticencia, reserva mental, etc.). Sin embargo, si ante mi pregunta mi amigo calla, pero me tiende el libro, todos interpretaremos que su silencio equivale a asentimiento. En este caso, al silencio le acompaña un gesto que lo clarifica.

De lo dicho, pueden extraerse dos consideraciones previas: 1) El problema de la anfibología del silencio y de su interpretación se presenta únicamente en los casos en los que no pueda derivarse de la actitud del que calla una voluntad en un sentido u otro. Será, por tanto, necesario distinguir el *silencio* de los supuestos de *manifestación tácita de voluntad*. 2) la conducta del que calla tiene trascendencia jurídica en los casos en que exista un conflicto de intereses donde el ordenamiento se ve precisado a intervenir en aras de la seguridad jurídica y para evitar una lesión de los intereses en juego, ya sean particulares o de interés público o general.

En este trabajo nos centramos en el estudio del silencio y su trascendencia jurídica en la perfección del negocio. La cuestión fundamental es si el que calla puede expresar una voluntad jurídicamente válida y vinculante y, en caso afirmativo, en qué supuestos y con qué condiciones.

Para dar respuesta a este tema, partimos del tratamiento que recibió este fenómeno en el ordenamiento jurídico romano, en el que alcanzó una extraordinaria

---

<sup>3</sup> Sobre la ambigüedad polisémica y homonímica de las palabras GARCÍA HERNÁNDEZ, B., *De iure uerrino: el derecho, el aderezo culinario y el augurio de los nombres*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 21 ss.

trascendencia desde el punto de vista práctico, a juzgar por la rica y variada casuística sobre el silencio en todos los ámbitos de la vida social: Derecho de contratos, derechos reales, derecho de familia y sucesiones, derecho procesal, etc. Veremos la importante influencia del Derecho canónico sobre la legislación y la práctica medieval y sobre la posterior interpretación doctrinal de los textos jurídicos romanos y medievales y terminaremos, refiriéndonos brevemente al valor jurídico del silencio en relación con formación del contrato en nuestro Derecho.

En este tema, como en muchos otros, las fuentes romanas y su interpretación científica posterior influyeron de forma decisiva en la concepción doctrinal y jurisprudencial del silencio y en la regulación positiva adoptada por algunos Códigos nacionales. Esto viene a poner de manifiesto, una vez más, que la referencia al ordenamiento jurídico romano sigue respondiendo actualmente a una imprescindible necesidad epistemológica y no a una mera digresión histórica<sup>4</sup>.

### III. CASUÍSTICA DEL SILENCIO EN LAS FUENTES ROMANAS

Un rápido vistazo a las fuentes romanas nos dará idea de los múltiples casos en que el silencio encuentra trascendencia jurídica.

Lo primero que llama la atención es que los juristas utilizan vocablos de uso común. En concreto, dos verbos con el significado de estar silencioso, callar o callarse: *taceo* y *sileo* (ambos pueden ser usados como transitivos o intransitivos), y dos sustantivos: *silentium* y *taciturnitas*. Ambas formas parecen coincidir en el concepto, en cuanto que son fácilmente intercambiables —como también ocurre en castellano—<sup>5</sup>.

En época clásica ambos términos significaban lo mismo<sup>6</sup>, pero el verbo *silere* era más utilizado en la época arcaica y originariamente se refería, más que al silencio, a la tranquilidad, la quietud, la falta de movimiento y de ruido<sup>7</sup>. Mientras, *tacere* o

---

<sup>4</sup> Vid. Prólogo de A. BISCARDI en GORETTI, M.S., *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, ed. Giuffrè, p. 9.

<sup>5</sup> Así, al lado de *nocte silente o silet nox, silet aequor* —utilizado por Virgilio— para expresar la quietud nocturna, hallamos *tacet omnis ager* para expresar la quietud de la noche frente al rumor y a las voces del día.

<sup>6</sup> ERNOUT A. et MEILLET. A., *Dictionnaire étymologique de la langue Latine*, 4ª edic., París, 1967, pp. 625 y 673.

<sup>7</sup> *Cod. Iust.* 11.59 (58).8, que significa un estado de absoluto abandono —*de omni agro deserto et quando steriles fertilibus imponuntur*— y la ley a la que se hace referencia recita *omni possessionis et domini carebit iure qui siluit*.

*taciturnitas* se referían a una situación dinámica y se utilizaban más frecuentemente por los juristas en contraposición al *loqui*, para expresar una voluntad o intencionalidad, a veces dolosa (*reticentia*), de *no hablar*, de *callar*. Por lo tanto, en el propio lenguaje encontramos dos términos que, aún presentándose bajo una apariencia general de similitud (no-hablar), precisan dos comportamientos diferentes<sup>8</sup>.

Además de los términos indicados, el silencio viene expresado, con bastante frecuencia, como *non dicere*, con sus numerosas variantes de *non contradire*, *non prohibere*, *non testificare*, *non repondere*, etc., poniendo en evidencia el significado del silencio como no-habla frente a un requerimiento, pretensión o deber jurídico establecido por el ordenamiento y tanto para expresar consentimiento<sup>9</sup> como renuncia<sup>10</sup>.

En otras ocasiones, viene expresado por el término *pati*, que no indica un no hablar o un no hacer, sino tolerar una determinada situación. Y esta tolerancia se expresa a través del silencio. Los juristas hablan de *patientia* exigiendo la *scientia*, porque la demostración de aquélla exige un silencio consciente<sup>11</sup>. En este último caso, es evidente que la conducta silenciosa se presenta ante un hecho concreto porque entre el silencio de quien tolera y el hecho tolerado debe haber un nexo bien preciso. Estas últimas expresiones (*pati*, *patientia*) se utilizan sobre todo en relación con los derechos reales, ya sea como un modo de constitución de estos derechos<sup>12</sup> o como renuncia a los mismos<sup>13</sup>.

#### IV. DISTINCIÓN DEL SILENCIO DE OTRAS FIGURAS JURÍDICAS AFINES

---

<sup>8</sup> En un texto del Código, *Cod. Iust.* 7.32.10, hallamos *silentio ac taciturnitate*. Sería un error considerar la doble forma como una repetición redundante. En opinión de GORETTI [*Il problema... cit.*, p. 63] se trata de un caso de adquisición de la propiedad, para el que el legislador quiere precisar que no basta con un comportamiento de mera inactividad, sino que también es necesario el *tacere* en oposición al *loqui*.

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, en D.14.6.12, *Paul. l. XXX ad ed.*, y 16, *Paul. l. IV respons.*, donde el silencio del padre ante el préstamo de dinero contraído por su hijo se considera consentimiento

<sup>10</sup> En D. 22.1.17.1, *Paul. lib. sing. de usur.*, lo encontramos como renuncia a los intereses en un mutuo. En el ámbito del derecho sucesorio, en D. 5.2.23, *Paul. lib. sing. de inoff. testam.*, y 32, *Paul. lib. sing. de septemuir. iudic.*, se recoge como renuncia a la *querella inofficiosi testamenti* y en D. 22.3.26, *Pap. lib. XX quaest.*, como renuncia a un fideicomiso.

<sup>11</sup> En general la *scientia* viene a calificar el silencio. El silencio consciente es el que hará responsable el patrono que se calló ante los *delicta serui* o el que podrá entenderse como tolerancia de una situación que produce la adquisición o renuncia a ciertos derechos.

<sup>12</sup> Así, lo encontramos como modo de constitución de una servidumbre en D. 8.6.8 (*Paul. lib. XV ad Plaut.*) o de un *pignus*, en D. 20.2.5.2 (*Marc. lib. sing. ad form. hypoth.*).

<sup>13</sup> D. 10.3.28; (*Papin. lib. VII quaest.*), D. 39.3.19 (*Pomp. lib. XIV ad Quint. Muc.*) y 20 (*Pomp. lib. XXXIV ad Sab.*).

El valor jurídico del silencio en el ámbito del negocio jurídico y concretamente en relación con la declaración de voluntad válida y vinculante es un tema clásico<sup>14</sup>. Para la dogmática jurídica moderna la esencia del negocio jurídico es la voluntad declarada o manifestada pues el ordenamiento no entra a regular el ámbito de la voluntad interna, el pensamiento o la mera intencionalidad hasta que ésta es exteriorizada de algún modo. El ordenamiento protege la formación de la voluntad interna de las partes. Si se demuestra que aquella está viciada por violencia, dolo, intimidación o error (*vis, dolus, metus, error*), el negocio no producirá efectos jurídicos bien por nulidad *ipso iure* o bien por nulidad *ope exceptionis* (o anulabilidad).

Por lo tanto, para que el negocio jurídico produzca los efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento y queridos por las partes, será necesario que esa voluntad sea exteriorizada. Lo normal será que su manifestación se haga de forma expresa (es decir, oralmente o por escrito). Sin embargo, hay ocasiones en que el aceptante no exterioriza su voluntad de modo explícito sino que ésta se deduce de su conducta (*facta concludentia; facta ex quibus voluntas concludi potest*). En estos casos nos hallamos ante la llamada *declaración tácita de voluntad*<sup>15</sup> –los romanos lo llamaron *consentire re*<sup>16</sup>– y es aquélla que se realiza a través de gestos o comportamientos concluyentes de los que se deriva inequívocamente la voluntad del sujeto que los realiza, valorándose por el ordenamiento como declaración.

La jurisprudencia romana ofrece múltiples ejemplos de declaración tácita de voluntad. Así, por ejemplo, ocurre en la llamada *pro herede gestio*, donde el heredero no manifiesta de forma expresa su voluntad de aceptar la herencia, pero lo hace de forma tácita al gestionar o administrar los negocios de su causante (véanse, en el mismo sentido, los artículos 999 y 1000 del Código civil español)<sup>17</sup>. Incluso, hay supuestos en que un gesto casi imperceptible manifiesta inequívocamente la voluntad del sujeto por el contexto en el que se produce. Así, por ejemplo, un leve gesto de cabeza de los licitadores en una subasta equivale a la aceptación de la oferta. Precisamente, en

---

<sup>14</sup> La teoría del negocio jurídico fue elaborada por los Pandectistas alemanes a la vista de las fuentes romanas como un supraconcepto legal u *Oberbegriff*.

<sup>15</sup> La STS 28 de febrero de 1990 indica que nos encontramos ante una declaración tácita de voluntad “cuando el sujeto no manifiesta de modo directo su voluntad –generalmente mediante el lenguaje oral o escrito– sino que realiza una determinada conducta que, por presuponer necesariamente tal voluntad, es valorada por el ordenamiento jurídico como declaración.”

<sup>16</sup> Vid. D. 17.2.4.pr. (*Modest. lib. III regul.*) y D. 2.14.2.pr. (*Paul. lib. III ad ed.*)

<sup>17</sup> La realización de un negocio jurídico puede ser considerado un acto declarativo. Así en el Código Civil, el art. 1000 establece que la herencia se entenderá aceptada (tácitamente) por la conclusión de ciertos negocios jurídicos relativos al propio derecho hereditario.

relación con la puja, en las ventas en pública subasta, hace referencia a la mano alzada como gesto para adjudicarse la subasta<sup>18</sup>. Sin embargo, debían servir otros de los que derivase de forma inequívoca la voluntad del *sector* de concurrir a la subasta, tales como alzar un dedo<sup>19</sup> o, incluso asentir con la cabeza al precio señalado por el *praeco*<sup>20</sup>.

En estos últimos supuestos no estamos ante el fenómeno del silencio sino ante casos de consentimiento pleno que hay que distinguir de los supuestos de silencio<sup>21</sup> y la jurisprudencia romana distinguió netamente los casos de consentimiento pleno, válidamente manifestado, ya sea expreso o tácito *-ore vel re-*, de los supuestos de silencio. Y ello, tanto desde el punto de vista terminológico como desde el punto de vista dogmático. Desde el punto de vista terminológico, los juristas contraponen constantemente la *voluntas* frente al *pati, scientia et patientia, non contradire, non nolle, non negare, non dissentire, non prohibire, non repugnare*, que no podían ser homologados al *volle* o al *consentire*. Desde el punto de vista dogmático se observa que, cuando el ordenamiento otorga efectos jurídicos al silencio, se adoptan una serie de garantías y cautelas, ya sea limitando aquellos efectos en el tiempo o bien vinculándolos a instituciones muy concretas y determinadas. Esto queda más patente en relación con aquellos casos en los que el silencio conlleva la renuncia de un derecho. Como la renuncia no se presume nunca, su pérdida por inactividad está expresamente regulada y limitada por la ley.

Así, por ejemplo, en el derecho real de condominio se establece la posibilidad de realizar una serie de modificaciones en la cosa común por parte de los copropietarios. En relación, con algunas de estas innovaciones, bastará con que los demás copropietarios no se opongan, ejercitando el llamado *ius prohibendi*. Mas el tratamiento brindado por el ordenamiento jurídico a quien consiente expresamente es diferente que el dispensado a quien calla pues, mientras el primero no tendrá acción ni para la demolición de la obra ni para exigir la indemnización de los daños que se produzcan, el

---

<sup>18</sup> Festo (s.v. *manceps*)

<sup>19</sup> Vid. Cic., *In ver.* II, 1.141; 3.27.

<sup>20</sup> (Suet., *Calig.*, 38.4). Vid. MATEO, A., *Manceps, redemptor, publicanus: contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Santander, 1999, p. 29 y n.42.

<sup>21</sup> Hay autores que incluyen el silencio dentro de las declaraciones tácitas de voluntad. Vid. Entre los romanistas, PACCHIONI, G., “Il silenzio nei la conclusioni dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, IV, 2, 1906, p. 25. Entre los civilistas, TRAVI, A., “Silenzio e formazione dei contratti”, *Giurisprudenza italiana*, I.2, 1953, p. 76; CERRILLO, F., s. v. Consentimiento en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix (editor), t. V, Barcelona, La Ley, 1953, pp. 83-84). Algunos hablan de silencio circunstanciado para aludir a lo que es una declaración tácita por el inicio de la ejecución del contrato, en este sentido, CARBONE, V., “Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso, comentario a Cass. 22 iuglio, 1983, n. 8191, *Il corriere giuridico*, 10, 1993, p. 1182).

segundo sí podrá accionar por los perjuicios sufridos. Igualmente, el contrato de arrendamiento se entiende renovado por *relocatio tacita* –actualmente tácita reconducción- cuando, pasado el plazo del arriendo, el arrendador guarda silencio permitiendo al arrendatario seguir con el uso de la cosa arrendada pero no tanto porque se entienda que hay asentimiento en el arrendador y el arrendatario sino porque, en relación con este contrato, el ordenamiento así lo establece. Además, tal y como informa Ulpiano, D.19.2.13.11 (*Ulp. L. XXXII ad ed.*), la renovación se limita a un año, también cuando el contrato inicial recogiese un plazo superior.

En estos supuestos de silencio, está claro que estamos ante situaciones reguladas por el ordenamiento. Es decir, la atribución de efectos jurídicos se realiza porque así se establece por vía de interpretación jurisprudencial y no porque se entienda que el silencio equivale a asentimiento.

En la práctica, la distinción entre el silencio y la manifestación tácita de voluntad puede ser muy compleja. Pensemos que es posible que la declaración se realice a través de determinados actos que, en sí mismos considerados, no expresan la voluntad del sujeto y que, por tanto, son equívocos. En estos supuestos deberá ser el intérprete del derecho, generalmente el juez, el que teniendo en cuenta *las circunstancias del caso* y *los usos sociales* (en la propia interpretación del signo), proporcione una interpretación u otra al acto. El estudio y regulación del silencio y, en general, de la manifestación tácita de voluntad debe abordarse frente a cada concreto sistema legislativo porque el significado de un hecho jurídico voluntario puede variar en el tiempo, de un lugar a otro y de una sociedad a otra. Así, por ejemplo, no en todas las sociedades hacen uso de la inclinación de la cabeza como señal de afirmación. Así en la India, es un gesto muy frecuente entre la población el ladear o inclinar la cabeza hacia un lado, bien sea repetidamente hacia un lado y otro o bien sea a través de un movimiento preciso y corto hacia uno de los hombros. Este gesto es afirmativo, no negativo, como pudiera parecer a la vista de un Occidental<sup>22</sup>.

Para los juristas romanos, el problema de la anfibología del silencio y de su interpretación se produce cuando el sujeto observa una conducta inerte, inmóvil, carente de movimiento (o los gestos no son concluyentes en un sentido u otro) de forma

---

<sup>22</sup> Vid. COLLETT, P., *El lenguaje sin palabras. Cómo interpretar los gestos*, Barcelona, Ed. Robinbook, 2008, p. 66.

que, de su actitud, no se deriva una voluntad u otra<sup>23</sup>. En estos casos, es necesaria una labor de interpretación para asignar al silencio un valor positivo o negativo. Esta labor puede realizarse: 1) *por la ley o las fuentes asimiladas a la ley* (en Derecho romano, las leyes y plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados y la jurisprudencia) y siempre por la vía de la presunción *iuris tantum* porque, donde no hay gestos ni actitudes concluyentes, siempre existe el riesgo de equivocarse sobre las verdaderas intenciones del que guarda silencio; 2) *por interpretación jurisdiccional*, cuando el ordenamiento opta por dejar la interpretación de la actitud del que calla al arbitrio del juez que deberá analizar los distintos supuestos que se le planteen caso por caso. Sea cual sea la vía elegida, el Derecho debe intervenir en aras de la seguridad jurídica y para proteger los intereses en juego de las propias partes, de terceros o para preservar el interés general. Así, por ejemplo, cuando el edicto del pretor como norma jurídica vinculante establece que, pasado el plazo establecido sin que el heredero manifieste su voluntad de aceptar o repudiar la herencia, se entenderá que la rechaza, se están protegiendo, no los intereses del propio heredero o de su causante, sino los intereses de los terceros: de los acreedores del difunto, de los herederos abintestato o de los legatarios que, de otro modo, habrían de esperar *sine die* una declaración de voluntad que podría no llegar nunca con la consiguiente lesión para sus legítimas expectativas y derechos.

## **V. INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO SOBRE LA DOCTRINA DEL SILENCIO. LA REGLA *QUI TACET, CONSENTIRE VIDETUR***

Antes de entrar en la interpretación doctrinal de las fuentes romanas es necesario que nos detengamos en la concepción del silencio según el Derecho canónico y, ello, porque influyó notablemente en las opiniones de los intérpretes y comentaristas desde la época de los glosadores.

La cuestión fundamental que se plantea aquí es si se recogió en las fuentes jurídicas romanas una teoría general aplicable a todos los casos de silencio o, dicho de otro

---

<sup>23</sup> El silencio comprende el silencio de las palabras y de los hechos, es decir la inacción, *vid.* VIVANTE, C., *Tratado de diritto commerciale IV. Le obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, Milano, Ed. Bocca, 1929, p. 31.

modo, ¿Puede el silencio, por sí sólo, servir como asentimiento, como declaración de voluntad, fuera de los casos expresamente regulados por la ley?

La tesis negativa se apoya en un célebre texto de Paulo, recogido en el título XVII: *De diversis regulis iuris antiqui*, D. 50.17.142: *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare*. (El que calla ciertamente no confiesa, sin embargo, es verdad que no niega). Esto quiere decir que el comportamiento del *tacens* que ante un requerimiento calla, no dice nada, no transmite –*prima facie*– más que la mera voluntad de callar. Esto nos lleva a considerar al silencio como un hecho incoloro del que no puede surgir declaración alguna de voluntad. De modo que -para los juristas romanos- cuando se produce, tendrá un valor neutral y será la ley o el intérprete del derecho quien le conceda un significado u otro.

Para los partidarios de la teoría del silencio, el principio, que aparece ahora formulado como una regla general, fue enunciado, sin embargo, para un caso concreto, el del *confessus in iure*. Efectivamente, el texto de Paulo está extraído del libro 56 de los Comentarios al Edicto del jurista clásico, donde éste trataba de la *confessio in iure*. El pasaje se relaciona con otro fragmento, del mismo jurista, libro y obra mencionados, D.42.2.1:

*Confessus pro iudicatus est, qui quodammodo sua sententia damnatur*<sup>24</sup>

Si ponemos en relación ambos pasajes, lo que indica Paulo es que, cuando una norma jurídica o el juez imponen un deber de hablar, el *non negare* bastará para que la ley atribuya al *tacens* unos determinados efectos jurídicos negativos.

Otro sector doctrinal considera que, a pesar de que el Derecho Romano se caracteriza por ser eminentemente casuístico, eso no quiere decir que no puedan abstraerse unos principios, una teoría general, aplicable a todos los supuestos de silencio. Para estos autores, con ciertos requisitos, el silencio tiene valor de asentimiento. Esta afirmación se basa –entre otros argumentos- en un axioma contrapuesto al anterior, que ha adquirido una gran fuerza social: *quien calla, otorga*, y que deriva de la *regula iuris* canónica: *qui tacet, consentire videtur*<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> *El confeso se tiene por juzgado, el cual en cierto modo es condenado por su propia sentencia.*

<sup>25</sup> Sobre esta regla, véase TOMÁS, G., “Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire uidetur*. Realidad jurídica versus difusión social, *RIDA*, 50, 2003, pp. 383 y ss. y la bibliografía citada por esta autora.



El principio vino sancionado por primera vez por el Derecho canónico. El Derecho de la Iglesia le otorgó fuerza normativa al ser recogido en la Regla 43 (*Liber Sextus* 5.12.43<sup>26</sup>) de las Decretales, mandadas publicar por Bonifacio VIII en el año 1298. Obsérvese que, inmediatamente después, en la regla 44, se reproduce casi literalmente el texto de Paulo: *is, qui tacet, non fatetur, sed nec utique negare videtur*<sup>27</sup>.

El principio canónico no se encuentra en las fuentes romanas, aunque no han faltado intentos de atribuirle su formulación, relacionando su origen con un texto de Ulpiano, D.19.1.13.11 (*Ulp. l. XXXII ad ed*), relativo a la *relocatio tacita* donde se indica que, si finalizado el plazo del arriendo, las partes guardaron silencio se entenderá renovado el arriendo por un año, *hoc enim ipso quod tacuerunt, consentire videtur*<sup>28</sup>.

Otros autores han señalado como origen del principio otros pasajes que se refieren a una serie de relaciones jurídico-familiares donde se declara, por vía jurisprudencial y por influencia romano-cristiana, que el silencio tendrá valor de asentimiento: Los canonistas<sup>29</sup> suelen situar el origen de la regla 43 en un texto del *Digesto*, D. 23.1.12.pr. (*Ulp. l. sing. de spons.*) relativo al comportamiento de la hija sometida a la *potestas* del *pater* en relación con los esponsales. En este pasaje se exige el consentimiento del padre y de la hija, si bien, en relación con la hija se indica que basta con que no se oponga, con que no contradiga la voluntad de su padre, para entender que consiente: *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur*.

En este texto se recoge un asentimiento puramente pasivo, negativo, donde basta con el *non contradecire*. Más, en estos supuestos, no hay una auténtica declaración de voluntad, sino una norma jurídica que otorga un determinado significado volitivo o, mejor, una serie de efectos jurídicos a una conducta que por sí misma carece de relevancia. Resulta, por lo tanto, más que evidente que la máxima de Derecho canónico es una generalización absolutamente extraña a la esencia del texto de Ulpiano o de otros pasajes semejantes, sobre los que nos detendremos en el apartado siguiente.

---

<sup>26</sup> El Papa Bonifacio VIII mandó añadir un nuevo libro a los cinco que componían las Decretales, el *Liber Sextus*, donde mandó recoger Decretales del propio Bonifacio (251) y algunos textos de otros Pontífices anteriores (108). Al final de este libro se incluye un título XII, *De regulis iuris*, en el que, a imitación de lo que ocurría en el D. 50.17 de Justiniano, se incluyeron una serie de principios de aplicación general.

<sup>27</sup> *Liber Sextus* 5.12.44.

<sup>28</sup> Vid. CUADRADO PÉREZ, C., “El silencio como manifestación de voluntad” en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Eugenio Llamas Pombo (Coord.), v. I, Madrid, La Ley-Actualidad, 2006, p. 365.

<sup>29</sup> Los canonistas como AYALA, F.J., “Silencio y manifestación de voluntad en derecho canónico”, *Ius canonicum*, I, 1961, p. 40, n. 9; BETTIETINI, A., “*Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*”, Padova, Cedam, 1999, p. 47, n. 9.

Para otros autores<sup>30</sup> los antecedentes de la regla *qui tacet, consentire videtur* se encuentran en la propio Derecho canónico que, en ciertas situaciones, no exigía una voluntad expresa, atribuyendo al silencio valor de asentimiento. Son supuestos concretos que se sitúan fuera del derecho de obligaciones donde el legislador canónico atribuye unos determinados efectos jurídicos al silencio en atención a un interés superior protegido, el interés de la Iglesia<sup>31</sup>. Se mencionan casos relativos al derecho matrimonial canónico<sup>32</sup> y para facilitar la entrada en órdenes religiosos<sup>33</sup> o en las deliberaciones electorales canónicas<sup>34</sup>.

Seguramente, estos supuestos concretos recogidos tanto por la jurisprudencia romana como por el derecho canónico al servicio de unos intereses determinados debieron influir, sin duda, en la generalización de la regla. Para MAGNI<sup>35</sup> la regla se encontraba enunciada ya en la escuela preboloñesa y en los juristas preirnerianos. Sin embargo, se considera que el autor del brocardo fue Dino da Mugello, jurista y profesor de la escuela de Bolonia y de Nápoles, a quien el Papa habría invitado a tomar parte en la tarea de elaboración del *Liber Sextus*<sup>36</sup>.

Lo cierto es que, tras la formulación del principio *qui tacet, consentire videtur*, la doctrina científica<sup>37</sup> trató de atenuarlo indicando que la regla 43 exigía determinados requisitos de aplicación tales como que el que calla tuviera conocimiento del contenido y de los efectos del acto o negocio jurídico sobre el que guarda silencio, que el que calla hubiera podido impedir el acto y que éste fuese beneficioso para él. Faltando los requisitos señalados, se consideraba de aplicación la regla 44.

Posteriormente, los dos principios, el romano y el canónico encontraron difusión en el Medievo a través de vías diferentes:

---

<sup>30</sup> Vid. MAGNI, C., "Il silenzio nel diritto canonico", *Rivista di diritto privato*, I, 1934, pp. 50-56

<sup>31</sup> TOMÁS, "Fuentes... cit.", pp. 387-389.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, se estableció la validez de la *desposatio*, una especie de esponsales en los que no era necesario el consentimiento expreso de los contrayentes, bastando con su silencio, Vid. TOMÁS, "Fuentes... cit.", pp. 388-389.

<sup>33</sup> El caso del esclavo que desea recibir la ordenación sacramental. En estos casos, el derecho eclesiástico no exigía la voluntad expresa del dueño del esclavo sino que bastaba con el *non contradecire*, flexibilizándose así las formas de manumisión. Igualmente, para el caso en que una hija quiere hacer profesión de los votos religiosos, donde basta con el silencio de los padres para entender que consienten. Vid. MAGNI, "Il silenzio... cit.", p. 58 y ss.

<sup>34</sup> Vid. MAGNI, "Il silenzio... cit.", p. 60 y ss.

<sup>35</sup> MAGNI, "Il silenzio... cit.", p. 83, n. 9.

<sup>36</sup> Vid. SAVIGNY, F. K. VON, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, I, tr. E. Bollati, Roma, 1972, pp. 459 y ss.; TOMÁS, "Fuentes... cit.", pp. 386 y ss.

<sup>37</sup> Véase, AYALA, "Silencio... cit.", pp. 41 y ss.; TOMÁS, "Fuentes... cit.", p. 398.

- El principio canónico encontró una gran aceptación en la práctica, aplicado por los tribunales canónicos y civiles<sup>38</sup>, y por la doctrina, representada por Bártolo y Baldo, imbuida por la teoría de la buena fe negocial en un periodo en el que los principios jurídicos se mezclaban y confundían con frecuencia con principios morales, normas religiosas y deberes sociales<sup>39</sup>.
- Por su parte, el texto de Paulo, encontró continuidad en la propia legislación medieval al ser recogido como derecho aplicable en las *Partidas* VII.23.34: *E aum dixerón que aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo quel dizen, maguer non responda: mas esto es verdad que non niega lo que oye.*

Ambos principios pasaron a través del Derecho canónico al Derecho común y al Derecho moderno, invocados –como veremos– por la doctrina de distintas épocas como un argumento más de sus respectivas posiciones.

## VI. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES ROMANAS

La doctrina se ha planteado dos cuestiones distintas: 1º.- ¿Puede reconocerse voluntad en el que calla?; 2º.- ¿Hay algún supuesto en las fuentes romanas, fuera de los casos expresamente recogidos por la ley, en que el silencio deba ser interpretado como asentimiento?

1º.- En relación con la primera cuestión, Bonfante<sup>40</sup> considera que debe distinguirse la manifestación de voluntad, que es lo que la ley exige, de lo que denomina *ricognoscibilità del volere*. En su opinión, la voluntad puede ser reconocible incluso a través del silencio (por el *nec negare*) pero éste no será suficiente para la conclusión del contrato porque la *ricognoscibilità del volere* no basta para tal fin. En su opinión, la voluntad de obligarse no puede presumirse, sin embargo la ley puede conceder al silencio un significado semejante a la aceptación. De este modo, el silencio tiene

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, la vemos aplicada en 1535 en el juicio al jurista Tomás Moro ARROJA VIZCAÍNO, A., “El juicio político a Tomás Moro”, Primera y segunda parte, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 8, 1976, pp. 35-85 y pp. 86-150 (Disponibles en el sitio web en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/8/pr/pr3.pdf>)

<sup>39</sup> BONFANTE, P., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di diritto commerciale*, IV 2, 1906, p. 222.

<sup>40</sup> BONFANTE, P., “Il silenzio... cit.”, pp. 225, 228 y 230.

eficacia no como consentimiento sino como generador de obligaciones con efectos jurídicos. En estos casos no habrá un contrato sino una *obbligazione ex lege*.

Otros autores hablan de la existencia de una voluntad incompleta en aquellas figuras anómalas que recogen el asentimiento puramente pasivo, producto de la involución de ciertas situaciones que originariamente exigían un consentimiento pleno. En concreto, se refieren a una serie de relaciones familiares donde se declara por vía jurisprudencial y por influencia del derecho romano-cristiano que el silencio tendrá valor de asentimiento.

Así, por ejemplo, en D. 23.1.7.1. (*Paul. l. XXXV ad ed.*):

*In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur; intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus dixit.*

Originariamente, el *pater familias* debía prestar su consentimiento expreso al matrimonio de las hijas pero, después, por vía jurisprudencial se limitó al silencio. Así se recoge en el texto de Paulo que menciona la opinión de Juliano: *intelligi ... patrem consentire, nisi evidenter dissentiat*.

Algo semejante ocurre en D.23.1.12.pr. (*Vlp. l. sing. de sponsalib.*) *sed quae patris voluntati non repugnat consentire intellegitur*. En la época más antigua, para vincularse a través de una promesa de esponsales era necesario que el *pater* prestase su consentimiento y no se tenía en cuenta la voluntad de la hija. Posteriormente -tal y como recoge el pasaje de Ulpiano- se requerirá el consentimiento de la hija, considerando que asiente siempre que guarde silencio y no muestre su evidente disenso (*non contradecire*).

En estos supuestos –la doctrina– habla de una forma anómala<sup>41</sup> o atenuada<sup>42</sup> de prestar el consentimiento. Otros hablan de un asentimiento pasivo manifestado por el silencio porque –según dicen– se ha producido en un contexto que permite entender que quien observó tal conducta debía haber manifestado su rechazo si no quería quedar jurídicamente vinculado<sup>43</sup>. Más, en mi opinión, tampoco en estos casos se puede hablar

---

<sup>41</sup> BONFANTE, P., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, V 1, 1907, p.110.

<sup>42</sup> DONATUTI, G., “Il silenzio come manifestazione di volontà”, *Studi di Diritto Romano*, Milano, Ed. Giuffrè, 1973, p. 240-241.

<sup>43</sup> SACCO, R. y DE NOVA, G. [*Trattato di diritto civile I. Il contratto*, Torino, UTET, 1993, pp. 88 y 89] consideran que esta premisa es contradictoria y tautológica.

de consentimiento (ya sea incompleto o atenuado) porque la mujer que guarda silencio ante el consentimiento del padre para darla en matrimonio, realmente puede no tener voluntad alguna de casarse, puede hacerlo por miedo, dolo o simplemente por respeto, por desconocimiento, etc. y en estos casos no hay asentimiento.

Realmente, lo que aquí se produce es una valoración de la voluntad del sujeto que conlleva una contaminación entre los elementos subjetivos (la voluntad interna, lo que realmente quería, los motivos por los que no se manifestó, etc.) con los elementos objetivos (la propia conducta observada por la hija que guarda silencio). En mi opinión, en estos casos no hay una auténtica declaración de voluntad, sino una norma jurídica que otorga un determinado significado volitivo o, mejor, una serie de efectos jurídicos a una conducta que por sí misma carece de relevancia.

2º. Para contestar a la segunda cuestión sobre si el silencio puede tener en algún caso valor de asentimiento, hemos de distinguir entre lo que -en terminología moderna- llamamos *silencio simple o absoluto* y el *silencio cualificado o circunstanciado*. El primero se produce cuando el que calla lo hace contra un expreso mandato legislativo o una orden judicial y, en este supuesto no hay un problema de interpretación pues el *tacens* sufrirá, en cada caso, las consecuencias jurídicas establecidas por el ordenamiento. Por tanto, no es que se entienda que el silencio es asentimiento, sino que la ley considera que basta el silencio para vincular unos determinados efectos jurídicos. Piénsese, por ejemplo, en el caso del vendedor que guarda silencio sobre los defectos o vicios ocultos de la cosa en venta, en contra de lo establecido en el edicto de los ediles curules, donde se les imponía el deber de declarar en voz alta y clara los vicios ocultos que presente la cosa. El que contraviene esta *obligación de hablar*, este antiguo *deber de informar* –en terminología actual-, tendrá responsabilidad. Una responsabilidad, que al tener lugar en la fase preparatoria del contrato, se denomina precontractual. En estos casos, el silencio genera obligaciones y produce efectos jurídicos porque el ordenamiento declara de forma expresa que basta el *tacere* para deducir la voluntad del sujeto.

La dificultad se produce en los llamados casos de *silencio cualificado o circunstanciado* donde no existe un deber de hablar establecido por el ordenamiento y, por tanto plantean un verdadero problema de interpretación. La cuestión está en saber si el ordenamiento romano recogió una regla general aplicable a los casos de silencio en los que, con ciertos requisitos, pudiera entenderse que el que calla, asiente.

En estos casos, los partidarios de la teoría del silencio<sup>44</sup> -influidos por los iusnaturalistas que, en palabras de CARBONNIER<sup>45</sup>, practicaron una especie de semilogía: *no cabe defraudar la confianza que los demás hombres han puesto en nuestras palabras y actitudes*- invocan una serie de principios jurídicos tales como la *fides*, la protección de la confianza, la propia responsabilidad del que calla y la protección del tráfico, junto con otras necesidades sociales y deberes morales para considerar que, en determinadas circunstancias, el silencio equivale a asentimiento. La incertidumbre surge cuando han de determinarse esas circunstancias que deben confluir en torno al silencio para que pueda ser considerado como manifestación de voluntad.

Para estos autores<sup>46</sup> el que calla, pudiendo haber hablado, crea una confianza en el tercero que es necesario proteger y por eso, aseguran que ante la interpelación de otro (una oferta contractual, por ejemplo, el silencio, con ciertos requisitos, equivale a consentimiento. Para ello, exigen que se den los siguientes elementos:

- 1º. Que el *tacens* conozca la propuesta y que afecte a sus propios intereses.
- 2º. Que exista una relación jurídica previa.
- 3º. Que el que guarda silencio tenga facilidad para responder.
- 4º. Y, como medida de la última condición, que un *bonus vir* no permanecería en silencio.

Otros autores<sup>47</sup> opinan que, en general, el silencio de un sujeto ante un requerimiento u oferta contractual tiene valor de asentimiento. Se basa en un hipotético deber general de hablar, de contestar ante la oferta de un tercero<sup>48</sup>, del que no hay indicio en las fuentes y que –según el autor- hallaría su origen en el deber de solidaridad que vincula a todos los hombres a sus semejantes y que hace afirmar a Cicerón el deber de conceder a beneficio del prójimo lo que se puede conceder sin propio daño o molestia (*quae sunt iis utilia qui accipiunt danti non molesta*<sup>49</sup>). Sin embargo, esta es una obligación social o ética, que como tal, puede ser discutible y cambiante y que tiene poco que ver con el elemento jurídico.

---

<sup>44</sup> RANELLETI, O., “Il silenzio nei negozi giuridici”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 13.1, (1892), 13.1., p. 3 y ss.; PACCHIONI, “Il silenzio ... cit.”, p. 23 y ss.; PEROZZI, S., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, IV.1, 1906, pp. 509 y ss.

<sup>45</sup> CARBONNIER, *Derecho Civil*, T. II, vol. 2, *El derecho de las obligaciones y la situación contractual*, trad. J.Mª. Zorrilla Ruiz, Barcelona, Ed. Bosch, 1960, p. 179

<sup>46</sup> Vid. RANELLETI, “Il silenzio... cit.”, p. 25.

<sup>47</sup> PACCHIONI, “Il silenzio... cit.”, pp. 23 ss.; RANELLETI, “Il silenzio... cit.”, pp. 4 ss.; PEROZZI, “Il silenzio... cit.”, pp. 509 ss.

<sup>48</sup> RANELLETI, “Il silenzio... cit.”, pp. 4 ss.; PEROZZI, “Il silenzio... cit.”, pp. 509 ss.

<sup>49</sup> Cic., *De off.* I.51-52.

Más no parece fácil fundamentar un deber general de hablar, de responder, a quien realiza una propuesta. En estos casos, se podrá hablar –como indica BONFANTE<sup>50</sup>- de una norma de educación o de cortesía o de un deber moral o ético que no deben confundirse con las normas y los deberes jurídicos de hablar, de contestar. La cuestión ética deberá ser tenida en cuenta por el juez a la hora de ofrecer una solución práctica, pero la cuestión debe ser razonada con elementos jurídicos. Nadie puede venir obligado a realizar una manifestación de voluntad. Decir lo contrario sería una injerencia en la esfera jurídica de las personas que deberían estar contestando continuamente a las distintas ofertas contractuales que reciban. En mi opinión, tiene razón BONFANTE al considerar que cuando estos deberes sociales influyen en el campo del derecho se traducen en efectos o en consecuencias legales imperativas y, fuera de estos casos, deberán ser los tribunales los que doten de contenido a esta actitud, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.

Las fuentes romanas no plantean el problema del silencio como una cuestión de teoría jurídica del que pueda abstraerse un principio de aplicación general sino ante una cuestión de hecho: *facti quaestio est*. De modo que el silencio servirá como declaración de voluntad, positiva o negativa, cuando así lo disponga la ley, la costumbre o una consolidada interpretación jurisprudencial. En otro caso, será el intérprete del derecho, generalmente el juez, el que le otorgará caso por caso un significado afirmativo o negativo.

## **VII. EL VALOR ACTUAL DEL SILENCIO EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO**

Actualmente, una de las cuestiones que suscitan un mayor interés en relación con el *iter* formativo del contrato es la relativa al valor que puede alcanzar el silencio de quien ha recibido una oferta contractual.

En este sentido, el art. 1262 del Código Civil español exige, para la perfección del contrato, que la voluntad se manifieste por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. Lo normal es que esta aceptación contractual se produzca a través de una declaración expresa. Sin embargo, en ocasiones, el aceptante exterioriza su voluntad a través de una conducta (*facta concludentia*). En estos casos, la doctrina y

---

50

la jurisprudencia diferencian –como ya hiciera la jurisprudencia romana- el silencio de la aceptación tácita de voluntad o de la aceptación a través del comienzo de la ejecución del contrato, que son dos formas de aceptación distintas del silencio<sup>51</sup>, pues este último supone tanto el silencio de las palabras como el de los hechos, es decir, la inacción<sup>52</sup>.

La cuestión que se plantea la doctrina civilista en relación con este fenómeno es si resultará suficiente para la perfección del contrato una conducta carente de acción, de movimiento, por parte de la persona a quien va dirigida la propuesta.

El Código civil español no ofrece –como sí lo hace la legislación alemana<sup>53</sup> - una regla general aplicable a los casos de silencio, limitándose a regularlo en hipótesis concretas y determinadas. Ante la imprevisión legislativa, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia opinan que el silencio por sí solo no tiene valor de asentimiento, lo que se recoge en varias sentencias del Tribunal Supremo<sup>54</sup> (aunque la tesis contraria, fundada en el principio canónico, *qui tacet consentire uidetur*, también encuentra eco en la jurisprudencia del alto Tribunal español<sup>55</sup>) y está en sintonía con el artículo 18 de la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre la venta internacional de mercaderías, en la que se afirma *el silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación*.

Por otra parte, si la máxima canónica fuera regla aplicable, no tendría que afirmarse que la oferta contractual se extingue cuando no haya sido aceptada o haya pasado el plazo de vigencia fijado por el proponente o el necesario según la naturaleza

---

<sup>51</sup> Véanse las diferencias entre la declaración tácita de voluntad y el silencio en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 29 de enero de 1965

<sup>52</sup> Si bien, no faltan autores que incluyen el silencio dentro de las modalidades de declaración tácita de voluntad. *Vid.* entre los civilistas: TRAVI, “Silenzio... cit.”, p. 76; CERRILLO, s.v. consentimiento... cit., pp. 83-84. Otros autores como CARBONE [“Il diverso valore... cit”, p. 1182] hablan de silencio circunstanciado para referirse a lo que parece, más bien, una aceptación tácita o por el inicio de la ejecución del contrato.

<sup>53</sup> El §362 del *Handelsgesetzbuch*, primer apartado, que, en general, el empresario que desempeña negocios por cuenta de otros sujetos (mediadores, comisionarios, agentes de comercio, ect) y recibe una propuesta sobre la realización de tales negocios de alguien con quien se encuentra previamente en relaciones negociales, ha de contestar de manera inmediata, en caso contrario, su silencio será interpretado como aceptación. Igualmente, se prevé otro supuesto de silencio circunstanciado en el segundo párrafo del § 362 *HGB* de la misma norma legal que indica que el silencio del empresario ha de ser valorado como aceptación cuando recibe una propuesta para la realización de los negocios de otra persona a quien él se había ofrecido anteriormente para el ejercicio de dicha actividad”.

<sup>54</sup> Cfr. STS 5 de octubre de 1957 en la que se advierte “si no puede quererse lo que previamente no se ha conocido, no se quiere todo lo que se conoce, ni puede exigirse que todo lo conocido sea querido e impuesto, salvo cuando lo ordena la ley”; en la STS18 de junio de 1948; 25 de noviembre de 1950; 9 de abril de 1959; 3 de febrero de 1962; 6 de abril de 1963; 10 de junio de 1963, 27 de enero de 1964 o 19 de diciembre de 1990.

<sup>55</sup> Véase la STS de 27 de abril de 1945.



del negocio o los usos<sup>56</sup>. Tampoco sería necesaria la norma del artículo 21 de la Convención de Viena, sobre la aceptación tardía pues, si el silencio tuviera valor de aceptación, al finalizar el término para la contestación de la oferta sin que el destinatario hubiese contestado, habría de considerarse que fue aceptada independientemente de la voluntad de las partes<sup>57</sup>.

En algunos casos, el silencio se considera como aceptación. En concreto, cuando así se establezca por el legislador (art. 1005 y 1566 CC)<sup>58</sup> o por las partes contratantes en un acuerdo precontractual. En los casos en que sea la ley la que disponga que una determinada conducta, por ejemplo el silencio, valga como asentimiento, algunos autores<sup>59</sup> afirman que nos hallamos ante una declaración de voluntad presunta<sup>60</sup>. Para los casos en que sea la voluntad previa de las partes la que establezca el significado del silencio, considero que nos hallamos ante una verdadera y expresa declaración de voluntad<sup>61</sup>.

La doctrina civilista se plantea la cuestión de si puede el silencio del destinatario de la oferta valer como aceptación cuando no exista una previsión legal o un acuerdo de las partes al respecto. Para cierto sector doctrinal –representado por Lacruz– el silencio ha de ser considerado como aceptación contractual cuando entre las partes existan determinadas circunstancias subjetivas (pueda hablar) y objetivas (deba hablar). Es lo que se ha denominado *silencio circunstanciado*. Sin embargo, se ha señalado que fundamentar un deber de hablar cuando no se establezca por la ley o por las propias partes en un acuerdo precontractual, no resulta sencillo y es precisamente en este punto donde se producen las mayores discusiones doctrinales.

---

<sup>56</sup> LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil II/1, Derecho de obligaciones*, revisado y puesto al día por F. Rivero Hernández, Madrid, Ed. Dykinson, 2003, pp. 390-391.

<sup>57</sup> CUADRADO PÉREZ, “El silencio... cit.”, p. 367.

<sup>58</sup> Art. 1005 del Código civil español establece *Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada* y el art. 1566 del CC español indica: “*Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577y 1581 a menos que haya precedido requerimiento.*”

<sup>59</sup> ALBALADEJO M., *El negocio jurídico*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958, pp. 87 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T I, vol. 2, , 14ª edic., Madrid, Ed. Reus, 1984, p. 753.

<sup>60</sup> Se citan como casos de declaración de voluntad presunta, los casos recogidos en los arts. 742, 1188, 1189 y 1191 CC.

<sup>61</sup> ALBALADEJO, *El negocio... cit.*, p. 87 y ss.; CUADRADO PÉREZ, “El silencio... cit.”, p. 372.

Gran parte de la doctrina<sup>62</sup> y la jurisprudencia sigue una doctrina intermedia entre las dos extremas: *el que calla, ni afirma ni niega* y *el que calla, otorga*, matizando que para que el silencio sirva como aceptación es necesario que exista una relación contractual previa entre las partes, de modo, que en estos casos, el principio de buena fe (art. 1258 CC) impone a quien recibe la oferta el deber de hablar, de responder, aunque sea simplemente para rechazarla. En estos supuestos, si el destinatario de la oferta, no responde, se considerará concluido el contrato. Esta es la doctrina dominante en la jurisprudencia española (SSTS 24 de noviembre de 1943; 24 de enero de 1957, 14 de junio de 1963, 29 de enero de 1965, 19 de diciembre de 1990; 28 de junio de 1993, 17 de noviembre de 1995) donde la valoración del silencio como declaración de voluntad dependerá fundamentalmente de la existencia de relaciones jurídicas previas entre los contratantes, de los usos del tráfico y de los usos individuales entre las partes<sup>63</sup>.

La jurisprudencia italiana<sup>64</sup> y la doctrina francesa<sup>65</sup>, en una línea semejante, concede al silencio valor de aceptación no sólo cuando así lo determinen la ley, los usos profesionales o las propias partes, sino también cuando la oferta haya sido efectuada en interés exclusivo de su destinatario y cuando las partes se hallan en relaciones de negocios. En este último caso, los tribunales deben valorar si las relaciones comerciales entre los contratantes son suficientemente estrechas para justificar la presunción acerca del valor de la conducta inactiva, debiendo tenerse en cuenta los usos de la profesión y de las partes, así como su conducta anterior en las mismas circunstancias.

En Alemania, a diferencia de lo que ocurre en el Código civil español, se regula expresamente el silencio indicando que éste valdrá como aceptación cuando provenga de un empresario que desempeña negocios por cuenta de otros (comisionados, agentes de comercio, mediadores) que reciba una propuesta de alguien con quien previamente se encontrara en relaciones negociales. En estos casos deberá contestar de manera inmediata, en caso contrario, su silencio será interpretado como aceptación. Igualmente, el silencio del empresario ha de ser valorado como aceptación cuando recibe una propuesta para la realización de los negocios de otra persona a quien él se había

---

<sup>62</sup> MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1998, p. 154; CUADRADO PÉREZ, "El silencio..." cit., p. 373 y ss.

<sup>63</sup> Díez PÍCAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, v.I, 12ª edic., Madrid, Tecnos, 2012, p. 467.

<sup>64</sup> En Italia, *vid.* Cass. 10 aprile 1975, n. 1326, *Mass. Foro it.*, 1975; Cass. 30 ottobre, 1981, n. 5743, Cass. 14 giugno 1997, n. 5367.

<sup>65</sup> *Cfr.* MAZEAUD, H., *Leçons de Droit Civil*, t.II, vol. 1º, *Obligations, théorie générale*, 9ª edic., Edit. Montchrestien, París, 1998, pgs. 133 y 134.

ofrecido anteriormente para el ejercicio de dicha actividad. La doctrina alemana ha interpretado extensivamente esta norma, de tal manera que puede afirmarse que generalmente en las relaciones comerciales el silencio vale como aceptación de una oferta cuando el proponente pueda legítimamente confiar en que el destinatario de su declaración responderá en caso de no querer aceptarla. Tal confianza surgirá, en particular cuando existan relaciones negociales previas entre las partes o bien cuando el destinatario de la oferta haya realizado anteriormente una *invitatio ad offerendum*.

Entre la doctrina española también se ha afirmado que para determinar si procede o no aplicar dicha doctrina (el deber de hablar), deberá recurrirse asimismo, a las costumbre y a los usos del concreto sector del tráfico en que se haya producido el silencio así como a los usos particulares en las relaciones entre las partes, como ya afirmara Ulpiano, en D. 21.1.31.20 al decir *quae sunt moris et consuetudinis, in bona fidei iudiciis debent venire* (lo que es de uso y costumbre debe venir comprendido en los juicios de buena fe).

Sin embargo, en Derecho español, si por costumbre se establece que hay un deber de responder estaremos hablando de un caso de *silencio simple o absoluto*, semejante a los casos de asentimiento por disposición de la ley. Y ello, porque en España se admite la costumbre *praeter legem*, como deriva de los párrafos 1º y 3º del art. 1 del C.c.; de modo que lo que establece una costumbre general (a falta de ley aplicable al caso) se equipara a disposición legal. En cuanto a los usos particulares de las partes en sus relaciones jurídicas, constituirán, sin duda, una parte especial de las circunstancias que han de ser valoradas por el juez para determinar, si en un supuesto en concreto, se puede considerar que el destinatario de la oferta tenía obligación de hablar para rechazarla.

En mi opinión, tienen razón los autores<sup>66</sup> que consideran que una solución generalizadora en este tema es arriesgada porque se trata de vincular contractualmente a una persona que no ha manifestado su voluntad. Si sostuviéramos que quien calla consiente estaríamos obligando a quien recibe la oferta a contestar para no quedar obligado, lo que sería una injerencia intolerable en la esfera jurídica de las personas que produciría una gran inseguridad jurídica máxime en un momento, como es el actual, donde cada vez recibimos más ofertas contractuales que se transmiten con gran rapidez

---

<sup>66</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. Mª, “Comentario al art. 1262” en *Comentarios al Código civil español y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. VIII, vol.2, Madrid, EDERSA, 1973, pp. 368-369), DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, “El silencio en la teoría del negocio jurídico (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990), *Actualidad Civil*, 3 (1991), p. 669.

a través de los modernos mecanismos de contratación electrónica. Por ello, considero que, actualmente, como ya ocurriera en derecho romano, no puede hablarse de un deber general de hablar, de modo, que fuera de los casos señalados por la ley o por el acuerdo previo de las partes, este deber deberá venir señalado por el juzgador a través de una prudente valoración de las circunstancias del caso que justifiquen su aplicación<sup>67</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

*Primero:* En este tema, se debe diferenciar, como ya hizo la jurisprudencia romana, la declaración plena de voluntad, válida y expresamente manifestada (*ore vel re*) de los supuestos de silencio. Este último únicamente se produce cuando el *tacens* observa un comportamiento inerte o inactivo de modo que no puede derivarse de su actitud una voluntad en un sentido u otro.

*Segundo:* En los casos en que la práctica, mucho más rica y variada, nos presente casos delicados y complejos en los que no sea fácil distinguir, desde un plano teórico, si de un gesto o una actitud (el propio silencio) puede derivarse una declaración de voluntad, deberá ser el intérprete del derecho, generalmente el juez, el que teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y los usos sociales en la propia interpretación del signo (que pueden variar en el tiempo o de una sociedad a otra) le otorgue un significado u otro.

*Tercero:* En Derecho Romano, el silencio se considera asentimiento en los casos establecidos por el ordenamiento (la ley, la costumbre o una consolidada interpretación jurisprudencial). No hay en las fuentes, nada que justifique un deber general de hablar, de responder, frente a quien realiza una oferta.

*Cuarto.* La máxima *qui tacet, consentire videtur* fue una generalización posterior, obra de los decretalistas, y no tuvo aplicación como principio general en Derecho romano.

*Quinto:* En cuanto al texto de Paulo, *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est non negare*, aunque se elaboró en relación con un supuesto muy concreto en el ámbito del proceso, es el que –a mi juicio– mejor recoge la doctrina mantenida por la jurisprudencia romana en relación con el silencio y su interpretación.

---

<sup>67</sup> Vid. DORAL GARCÍA, J.A., y DEL ARCO, M.A., *El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Trivium, 2003, p. 101; CUADRADO PÉREZ, “El silencio... cit.”, 2006, pp. 376 ss.

*Sexto.* El Código civil no regula el silencio de manera general. La doctrina y la jurisprudencia española tratan de dar una solución afirmando que, fuera de los casos en los que la ley o las partes (a través de acuerdo precontractual) fijen un significado u otro al silencio, será el juez el que dé una interpretación u otra al silencio teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. Entre otras, las relaciones jurídicas previas entre las partes (que –según otros autores- implica un deber de hablar en aras de la protección de la buena fe), los usos del comercio y los criterios sociales que pueden variar en el tiempo y de un lugar a otro.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958.

ARROJA VIZCAÍNO, A., “El juicio político a Tomás Moro”, Primera y segunda parte, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 8, 1976, pp. 35-85 y pp. 86-150 (Disponibles en el sitio web en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/8/pr/pr2.pdf> y <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/8/pr/pr3.pdf>

AYALA, F. J., “Silencio y manifestación de voluntad en derecho canónico”, *Ius Canonicum* I, 1961, pp. 27-84.

BERGER, A., s.v. *Tacere*, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1953 [Reimpr. 1968].

BETTIETINI, A., *Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*, Padova, CEDAM, 1999

BONFANTE, P., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale* IV (1906) 2, pp. 222-230.

“Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, V (1907) 1, p. 105-125.

*Corso di Diritto Romano. Diritto di Famiglia*, Milano, Ed. Giuffrè, 1963.

CARBONE, V., “Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso, comentario a Cas. 22 luglio, 1993, n. 8191” en *Il corriere Giuridico* 10 (1993), pp. 1182-1185.

- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, L., “Silencio en la contratación. Análisis del Código Civil peruano y de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Panorama*, Volumen 6, núm. 11 (Julio-Dic. 2012), pp. 151-165
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, v. 2, 14ª edic., (Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Madrid, Ed. Reus, 1984.
- CERRILLO, F., s. v. Consentimiento en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. V, F. Seix (editor), Barcelona, La Ley, 1953.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., *El silencio en el Derecho. (Discurso leído en la RAJL en la sesión inaugural del curso 1925-1926)*, Madrid, Reus, 1925.
- COLLET, P., *El lenguaje sin palabras. Cómo interpretar los gestos*, Barcelona, Robinbook, 2008.
- CORRAL TALCIANI, H., “*Qui tacet consentire videtur*. La importancia de una antigua regla canónica en el juicio contra Tomás Moro”, *Ius Canonicum*, 51 (2011), pp. 137-160.
- CUADRADO PÉREZ, C., “El silencio como manifestación de voluntad”, en *Estudios de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, E. Llamas Pombo (coord.), Madrid, La Ley-Actualidad, 2006, pp. 361-384.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1967.
- DE SAUSSURE, F., *Cours de linguistique générale*, 4ª edic., Paris, Payot, 1949.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., “El silencio en la teoría del negocio jurídico (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990)”, *Actualidad Civil*, 3 (1991), pp. 667-679.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, v.I, 12ª edic., Madrid, Tecnos, 2012.
- DONATUTI, G., “Il silenzio come manifestazione di volontà”, *Studi di diritto romano*, Milano, Ed. Giuffré, 1976.
- DORAL GARCÍA, J. A. y DEL ARCO M.A., *El negocio jurídico*, Madrid, Trivium, 1982.
- ERNOUT, A. et MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*, 4ª edic., París, Klincksieck, 1967.

- FIERRO BARDAJÍ, A. “La conducta del silencio”, en *El Silencio. Compilación de Carlos Castilla del Pino*, Madrid, Ed. Alianza editorial, 1992.
- GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, II/1, Padova, Ed. Cedam, 1993.
- GÓMEZ CALERO, J., “El valor jurídico del silencio”, *Revista General del Derecho* (junio 1961), pp. 510-520.
- GORETTI, M. S., *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, Giuffrè, 1982.
- “Il problema del silenzio nella esemplificazione ciceroniana del *De officiis*: ipotesi circa la giuridicità come storia e come reale”, *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, Istituto editoriale Cisalpino-La Goliardica, 1982 75-99.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil II/1. Derecho de obligaciones*, revisado y puesto al día por F. Rivero Hernández, Madrid, Dykinson, 2003.
- LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, Ed. Tauchnitz, 1927.
- LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. I, La ley, Madrid, 2006.
- MAGNI, C., “Il silenzio nel diritto canonico”, *Rivista di Diritto privato* I (1934), pp. 50-90.
- MANRESA y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>. “Comentario al artículo 1262” en *Código Civil español*, 8, vol. II, Madrid, Reus, 1950.
- MARTÍNEZ VELA, J.A., “Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio”, *Revista de Derecho UNED*, 10 (2010), pp. 395-422.
- MATEU SERRA, R., *El lugar del silencio en el proceso de la comunicación*, Barcelona, 2001.
- MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- PACCHIONI, G., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale* IV. 2 (1906), pp. 23-30.
- PERALES VISCASILLAS, M.P., “La aceptación por silencio en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: primera aplicación jurisprudencial”, *Derecho de los Negocios*, 52 (1995), p. 9-14 (Disponible en el sitio web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/filanto.html> )

- PEROZZI, S., “Il silenzio nella conclusione dei contratti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, IV. 1(1906), pp. 509-524.
- RANELLETTI, O., “Il silenzio nei negozi giuridici”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* 13 (1892) 1, pp. 3-54.
- SACCO, R. y DE NOVA, G., *Tratatto di diritto Civile, I. Il contrato*, Torino, UTET, 1993.
- SOLIDORO MAROUTTI, L., “La rilevanza giuridica del silenzio in Diritto Romano”, *Rivista della Scuola Superiore dell’economia e delle finanze* 3 (2005), pp. 21-57.
- “Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale”, *Teoria e Storia del Diritto Privato* 1 (2008), pp. 1-50.
- TOMÁS, G., “Fuentes jurídicas del principio *qui tacet, consentire videtur*. Realidad jurídica *versus* difusión social”, *RIDA*, 50., 2003, pp. 384-399.
- TRAVI, A., “Silenzio e formazione dei contratti” en *Giurisprudenza. Italiana* I.2 (1953) p. 73- 175.
- VIVANTE, C., *Trattado de diritto commerciale IV. Le obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, 5ª edic., Milano, Bocca, 1929.
- WATSON, A., *Roman Private Law around 200 B. C.*, University Press, Edinburgh. 1971.



## **SOPRAVVENIENZE, RISCHIO CONTRATTUALE, *LITORA* E CONCESSIONI, TRA DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO.**

**BARBARA BISCOTTI**

**Profesora de Derecho Romano - Università di Milano-Bicocca (Italia)<sup>68</sup>**

1. L'oggetto principale del presente contributo è rappresentato da un caso giuridico, sottoposto ad un giureconsulto romano classico, il cui studio offre l'occasione di intrecciare le tre prospettive adottate come chiave di lettura del negozio giuridico, che hanno dato il titolo al convegno in cui il contributo stesso è stato presentato: dottrina civilistica, approccio linguistico, visione storica del diritto.

Attraverso la lente dell'analisi storica di tale responso antico si prenderà innanzitutto in considerazione un problema molto attuale, quanto spinoso, per la dottrina civilistica contemporanea, ossia quello delle cosiddette "sopravvenienze contrattuali", cercando di ricostruire, *per exemplum*, alcuni tratti di una storia delle idee in proposito.

Il testo che riferisce la *sententia* del giurista classico Proculo, che come si vedrà presenta d'altra parte una ben maggiore complessità di piani di lettura, suggerisce, in una prospettiva ermeneutica saldamente ancorata al linguaggio contrattuale, interessanti spunti per una comprensione del pensiero giuridico antico in tema di sopravvenienze, attraverso l'esame di una fattispecie contrattuale per molti aspetti, come spiegherò in seguito, peculiare.

---

<sup>68</sup> Professore associato presso l'Università di Milano-Bicocca (Italia), Barbara Biscotti è titolare delle cattedre di Diritto Romano e Storia del Diritto Romano; insegna inoltre Istituzioni di Diritto Romano presso l'Accademia Allievi Ufficiali della Guardia di Finanza di Bergamo. PhD in Diritto Romano e Diritti dell'Antichità (Università di Padova), è autrice di numerose monografie, saggi ed articoli, anche di natura storico-comparatistica, su differenti temi del diritto romano. I suoi attuali prevalenti campi di interesse sono: ermeneutica contrattuale; beni, cose, diritti d'appartenenza; teoria istituzionale del diritto; sicurezza e libertà; libertà e dittature.  
Contatto: [barbara.biscotti@unimib.it](mailto:barbara.biscotti@unimib.it)

Il tema, difficile, delle sopravvenienze, che pone il diritto a confronto con l'umanamente imprevedibile<sup>69</sup>, sfidandolo proprio sul piano dell'esigenza di un contemperamento equo della sopportazione delle conseguenze negative di un evento che esula dal normale flusso delle cose impedendo l'adempiersi previsto del contratto, viene qui affrontato dal giurista antico verosimilmente in relazione ad un contesto negoziale che rappresenta il terreno tipico ove il tema delle sopravvenienze dispiega appieno, ancor oggi, tutta la sua problematicità, ossia quello dei rapporti di durata.

2. Per comprendere appieno i termini della questione e la rilevanza attuale di una riflessione che vada alle radici della stessa, inizierò però accennando brevemente al problema in termini di diritto civile contemporaneo.<sup>70</sup>

La sopravvenienza contrattuale, che non ha a che fare con la conclusione, ma con l'attuazione di un contratto perfettamente valido, è quel fenomeno giuridico che si concreta in fatti oggettivi e imprevedibili, non imputabili alle parti, che incidono sulla produzione degli effetti del contratto stesso, rendendoli parzialmente o totalmente impossibili.

Essa, dunque, da un lato si iscrive nel tema più ampio del rischio contrattuale e della ripartizione dello stesso tra i contraenti<sup>71</sup> e, dall'altro, si connette specificamente alle riflessioni sul concetto di alea e sulla gestione della medesima.<sup>72</sup>

Innanzitutto, infatti, è necessario stabilire se la controprestazione sia ancora dovuta, laddove, appunto per fatti non presi in considerazione dalle parti al momento della

---

<sup>69</sup> R. PARDOLESI, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1996, 460 ss., riferendosi alle discussioni sul tema della cosiddetta "incompletezza" del contratto, prende posizione proprio sottolineando l'umana impossibilità di prevedere e tradurre in termini contrattuali *ex ante* onnicomprensivi ogni manifestazione di un "futuro indomabile".

<sup>70</sup> La bibliografia civilistica in proposito è assai scarsa sull'argomento specifico, ma altrettanto vasta, ovviamente, sui temi più ampi del rischio contrattuale, dell'alea, della buona fede e della rinegoziazione. Si vedano, per tutti, quanto agli aspetti generali, G. ALPA, *sv. Rischio contrattuale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del Diritto*, LX, Milano, 1989, 1144 ss. e, sul tema specifico della sopravvenienza, P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, M. AMBROSOLI, *La sopravenienza contrattuale*, Milano, 2002, F.P. TRAISCI, *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003, F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 1 ss., <http://hdl.handle.net/11590/142455>, ID., *Le sopravenienze*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, Milano, 2006, E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravenienza contrattuale*, in *Rivista di diritto privato*, 2013, 55 ss., J.F. CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, 2013, M. GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, 2014.

<sup>71</sup> Cfr. G. ALPA, *sv. Rischio contrattuale*, cit., 1144 ss.

<sup>72</sup> Per tutti, G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004.

conclusione del contratto, il contraente che sarebbe obbligato ad offrirla si trovi nella condizione di non poter conseguire il risultato atteso. Come è noto e come ho già accennato, la questione – invero generale – investe in modo particolare, per sua natura, i *Langzeitverträge*, cioè gli svariati tipi di rapporti contrattuali ‘di durata’, ove l’adempimento non si risolve in un atto singolo, bensì assume carattere continuativo e le prestazioni hanno natura ripetitiva, lasciando maggiore spazio all’intervento di eventi che producano una, anche parziale, impossibilità nell’esecuzione degli obblighi contrattuali.<sup>73</sup>

Dal punto di vista degli effetti, le sopravvenienze possono essere raggruppate secondo tre differenti categorie, cui consegue un diverso inquadramento della questione.

Esse possono infatti comportare innanzitutto un’impossibilità, di ordine naturalistico-giuridico, di adempimento del contratto. In questo caso, dunque, è ovvio ci si regoli prevalentemente facendo riferimento ai principi che presiedono alla disciplina dell’impossibilità sopravvenuta.<sup>74</sup>

Vi sono poi circostanze di sopravvenienze tali che le due prestazioni restano ancora possibili, ma viene alterato l’originale equilibrio economico tra le stesse, ossia il rapporto sinallagmatico. In tale situazione, pertanto, è naturale fare riferimento alla disciplina dell’eccessiva onerosità.<sup>75</sup>

Altre sopravvenienze, infine, riguardano il venire meno o il non realizzarsi, nelle more tra stipulazione del contratto e sua esecuzione, di presupposti, di fatto o di diritto, che hanno condizionato la stipulazione contrattuale, anche se le parti non l’hanno esplicitato.

Le soluzioni possibili, a fronte di ciò, individuate in modo molto essenziale, consistono o nel riconoscere la sopravvenienza come un rischio da accollare totalmente ad una parte (quella svantaggiata o, secondo criteri di efficienza propugnati dalla teoria economica del diritto, quella in grado di sopportarne le conseguenze al minor costo<sup>76</sup>), oppure nel considerarla, alla luce della clausola generale di buona fede, un fattore che,

---

<sup>73</sup> F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 2, 4 e, in particolare, 9 ss.

<sup>74</sup> Cfr., per tutti, C. MARCHESINI, *L’impossibilità sopravvenuta. Nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008.

<sup>75</sup> Cfr., per tutti, D. CORAPI, *L’equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi UNIDROIT*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 23 ss.

<sup>76</sup> R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, TH. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 275.

incidendo sull'equilibrio contrattuale iniziale, esige la risoluzione o la rinegoziazione, secondo il principio di conservazione del contratto.<sup>77</sup>

3. Tale questione giuridica, qui solo succintamente descritta nei suoi termini essenziali, è per la scienza civilistica contemporanea, come già accennato, particolarmente attuale, dal momento che la dottrina si trova a dover affrontare il problema dell'allocazione del rischio in un quadro davvero 'nuovo' per l'intrecciarsi di molte componenti della realtà giuridica, quali la normativa (nazionale e comunitaria)<sup>78</sup>, la giurisprudenza, la prassi contrattuale<sup>79</sup>; una complessità che si tenta di conciliare nella riproposizione di una gamma diversificata di 'misure', secondo una visione che, archiviata dall'intento sistematico pandettistico, appartiene tuttavia alle nostre radici culturali romanistiche.

D'altra parte, è ormai evidente che la classica alternativa tra tutela dell'autonomia negoziale dei privati e intervento giudiziale nel contratto è frutto di una superata visione monolitica della disciplina contrattuale stessa, pur anche a ragione difesa per tentare di conservare i buoni frutti di una sistematica per altri versi funzionale. Tale alternativa infatti non può più essere considerata in termini di assoluta antitesi<sup>80</sup>, dovendosi ravvisare piuttosto una linea di continuità logica tra la libera determinazione delle parti e l'*extrema ratio* giudiziale<sup>81</sup>, il cui *trait-d'union* è rappresentato dall'istituto della rinegoziazione.<sup>82</sup>

Questa, dunque, l'ampia griglia decisionale entro cui l'interprete, tenendo conto delle connessioni tra diritto privato e sviluppo economico, dovrebbe modulare la soluzione; innanzitutto, come ormai prevalentemente suggerito dalla dottrina, avendo il coraggio di sottrarsi all'illusione di una teorica generale del contratto, pur senza rinunciare alla coerenza logica delle previsioni codicistiche in merito, e aprendosi invece alla necessità

---

<sup>77</sup> Per tutti, si veda, come primo contributo in tale direzione nell'ambito della dottrina civilistica italiana, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970 e, più di recente, F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999.

<sup>78</sup> F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 10 ss.

<sup>79</sup> Si veda, sul punto, in generale, F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 4 s.

<sup>80</sup> F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 4.

<sup>81</sup> Questa diversa visione delle dinamiche tra autonomia delle parti ed intervento giudiziale appare particolarmente evidente nell'esperienza tedesca, ove la teorica della *Vertragsanpassung*, ossia della possibilità di adeguamento non solo convenzionale, ma anche giudiziale del contratto, trova forti connessioni con la tematica delle rinegoziazione come punto di riconciliazione delle due istanze in precedenza considerate contrapposte. Compiuto questo breve cenno, devo però in proposito rinviare, per tutti, a F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 9 e nt. 48.

<sup>82</sup> Su cui si vedano, per tutti, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 e F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

di prendere in considerazione la multiformità dei contratti (dato che rappresenta un *a priori* della cultura giuridica romana); e di conseguenza offrendo ai contraenti una tutela che possa fornire soddisfazione alle esigenze espresse nell'iniziale regolamento d'interessi, nonché, dato non trascurabile sotto il profilo economico-giuridico, garantire la possibilità effettiva di un concreto affidamento sulla serietà del vincolo contrattuale, in vista anche della programmazione dell'attività economica.<sup>83</sup>

4. Da questo punto di vista, quindi, sembra che la realtà contemporanea ci stia appunto restituendo una complessità che era ben nota alla riflessione giurisprudenziale romana, ma cui, pur nella consapevolezza della problematicità ad essa connessa e proprio a causa di essa, già si cominciò a tentare di fornire una risposta più sistematica nello sviluppo del diritto intermedio, principalmente intorno all'istituto della *laesio enormis* e alla clausola *rebus sic stantibus*.<sup>84</sup>

La Pandettistica accolse ed amplificò, nella volontà di elaborazione della moderna teorica del contratto, ogni spunto di natura assiomatica avanzato nelle epoche precedenti, ed in particolare i due criteri regolatori appena menzionati, integrandoli con l'assegnare un ruolo centrale alla teoria dell'impossibilità sopravvenuta. Quest'ultima venne declinata in principio specificamente, in ambito francese, nei termini dell'alternativa *culpa-casus*, fino a Domat e Pothier. In seguito, tuttavia, la dottrina virò più ampiamente verso la mera possibilità dell'adempimento, da un lato, nonché, dall'altro, specificamente centrando il discorso sull dogma della volontà, più fortemente strutturato in particolare in ambito pandettistico germanico<sup>85</sup>; in questo contesto, in particolare, l'apporto del romanista e civilista Bernhard Windscheid<sup>86</sup>, nella forma dell'elaborazione della teorica della *Voraussetzung* - in italiano recepita con il termine

---

<sup>83</sup> F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 4 e nt. 15, in particolare.

<sup>84</sup> Cfr. I. BIROCCI, sv. *Rischio contrattuale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, LX, Milano, 1989, 1133 ss., il quale, tuttavia, evidenzia come la stessa Scuola medioevale fosse ben lontana dall'appiattimento della problematica su soluzioni univoche.

In particolare sulla clausola *rebus sic stantibus* si vedano, per tutti, i più recenti contributi di M. RUMMEL, *Die «clausula rebus sic stantibus». Eine dogmengeschichtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der Zeit von der Rezeption in 14. Jahrhundert bis zum jüngeren Usus Modernus in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts*, Baden-Baden, 1991, K. LUIG, *Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: das Beispiel der clausula rebus sic stantibus*, 1999, 171 ss. e A. LANDI, *Inderogabilità dell'autonomia privata e rilevanza delle sopravvenienze. Un'indagine sulla cosiddetta clausula rebus sic stantibus nel maturo diritto comune*, in ID., *Storia giuridica per futuri giuristi: Temi e questioni*, Torino, 2015, 77 ss.

<sup>85</sup> V. I. BIROCCI, sv. *Rischio contrattuale*, cit., 1133.

<sup>86</sup> B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850 e *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 78 (1892), 161 ss.

“presupposizione” - fu decisivo e diede avvio ad una tendenza interpretativa che ha avuto grande influsso anche sulle scelte dei legislatori.

Il paradigma della *Voraussetzung*, incentrato sull’interpretazione, o meglio presunzione, di quanto si doveva supporre le parti avessero anche implicitamente voluto e di quanto avrebbero voluto, ove avessero potuto immaginare circostanze alla conclusione del contratto imprevedibili, sembrò rappresentare la pietra filosofale della tematica della ripartizione del rischio contrattuale e poter costituire una chiave interpretativa unitaria per tutti i problemi di gestione delle cosiddette sopravvenienze.

Strumento ermeneutico elegante, la presupposizione aveva matrice romanistica ma non romana, in quanto la giurisprudenza antica, pur offrendo spunti di riflessione sull’*animus* dei contraenti, a tale criterio interpretativo di natura soggettiva preferì di gran lunga quello oggettivo del *quod actum est*<sup>87</sup>, un criterio del «ciò che si è fatto», che (pur mediato ovviamente da altri fattori, primo fra tutti quello equitativo) trovava riferimento sicuro e concreto anche e soprattutto nel linguaggio negoziale utilizzato. Elaborata in quel crogiuolo di studi storici del diritto romano, canonico, germanico, che fu la Pandettistica, tuttavia, la teorica della presupposizione, così legata al dogma della volontà, ebbe grande fortuna e non ha mai cessato di influenzare la riflessione civilistica in merito.

In seguito, la dottrina del XX secolo ha elaborato tale dogmatismo ottocentesco, nel tentativo di domare la complessità del reale, utilizzando principalmente il paradigma della relatività del vincolo obbligatorio, e fondando tale relativizzazione di volta in volta sulle esigenze della buona fede, della solidarietà, dell’equità, della giustizia contrattuale<sup>88</sup>, sino ad accogliere in tempi più recenti tale problematicità, evidenziando la necessità di fornire, pur fermi alcuni criteri sostanziali, una risposta differenziata alla tematica delle sopravvenienze secondo le tipologie contrattuali.<sup>89</sup>

Insomma, come forse apparirà chiaro da questa breve illustrazione della storia della problematica sollevata dalle sopravvenienze, è attualmente crollata sotto il peso della difficoltà e della multiformità del presente l’illusione di poter fornire a tali problemi una

---

<sup>87</sup> Cfr., per tutti, F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 78 (1961), 1 ss. e, più recente, U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, München, 2006.

<sup>88</sup> Cfr. in proposito F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, I, 537 ss.

<sup>89</sup> V. F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 15 ss.

risposta univoca; constatazione che rende più che mai utile riandare alle origini della riflessione sulle dinamiche tra gli obblighi contrattuali e sulla ripartizione dei rischi ad esse connesse e, pur senza negare un'autonomia dell'esperienza presente, arricchirla anche, sul piano di una storia delle tecniche, del contributo metodologico del diritto giurisprudenziale romano.

Senz'altro, pertanto, una sistematica ed esaustiva disamina delle soluzioni casisticamente fornite in tema di sopravvenienze dai giuristi romani, artefici delle categorie ordinanti della materia obbligatoria contrattuale, sarebbe assai opportuna; essa anzi costituirebbe un contributo realmente utile al difficile compito interpretativo della civilistica contemporanea, che si va sempre più orientando verso un approccio differenziale e rimediale, disposto, dopo le istanze assolutistiche dei due secoli scorsi e forte dello strumentario così edificato, a ritornare verso una considerazione analitica e particolare dei fenomeni giuridici, in particolare contrattuali; circostanza questa che in un certo qual modo riavvicina l'esperienza contemporanea più a quella romana antica, già caratterizzata da un approccio sistematico ai contratti e non al contratto, che a quella ottocentesca.<sup>90</sup>

5. La dottrina romanistica, in effetti, si è scarsamente occupata, in modo specifico<sup>91</sup>, del fenomeno residuale delle sopravvenienze, le cui tracce, in mancanza di una disciplina espressa da parte della giurisprudenza romana<sup>92</sup>, vanno ricercate setacciando i testi in tema di *periculum*, di cui rappresenta un ambito specifico; è, in effetti, prevalentemente negli studi su tale argomento che si ritrova anche qualche ulteriore cenno al tema più circoscritto qui preso in considerazione.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Come già sottolineato in proposito da R. CARDILLI, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e R. Cardilli, Napoli, 2003, 1 ss. (ora in R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema<sup>2</sup>, Torino, 2010, 175 ss., cui qui farò riferimento).

<sup>91</sup> Si è occupato espressamente della sopravvenienza R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit. Inoltre, in prospettiva storico-comparatistica e con particolare attenzione alla individuazione, medioevale, della clausola *rebus sic stantibus*, quale criterio interpretativo fondamentale, si veda P. PICHONNAZ, *From clausula rebus sic stantibus to hardship: aspects of the evolution of the judge's role*, in *Fundamina*, 17 I (2011), 125 ss.

<sup>92</sup> L'assenza di una specifica «dottrina della sopravvenienza della onerosità nei contratti» da parte della giurisprudenza romana e l'ascrivibilità di una compiuta elaborazione della stessa al Diritto comune è evidenziata da S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1950, 267 s. Ciò tuttavia non significa, come lo stesso Di Marzo contemporaneamente faceva presente, che i giuristi romani non abbiano offerto testimonianze di consapevolezza del problema e non abbiano additato, pur non organizzandoli in modo sistematico, criteri interpretativi in proposito, in particolare in funzione di esigenze di *aequitas*.

<sup>93</sup> La letteratura in argomento è sterminata. Si vedano, come riferimenti essenziali e generali, E. BETTI, «*Periculum*». *Problemi del rischio contrattuale in diritto classico e giustiniano*, in *Studi P. De*

In questa sede, per i limiti ad essa connaturati, non mi propongo l'auspicata rassegna completa delle fonti che possono offrire indicazioni sull'argomento in questione, ma utilizzerò, come anticipato, un singolo passo<sup>94</sup> come spunto per alcune riflessioni.

A titolo di premessa, vale la pena tratteggiare almeno sommariamente la - pur difficilmente riassumibile - storia dell'evoluzione del pensiero giuridico romano in tema di *periculum*, nella quale appunto si iscrive la circostanza particolare rappresentata dalla sopravvenienza.

Come ho già anticipato, in effetti, la giurisprudenza romana si è occupata di temi contrattuali in genere ragionando in termini di tipicità causale<sup>95</sup>; e della questione particolare del *periculum* - e, con esso, della sopravvenienza - prevalentemente in relazione a fattispecie di *emptio venditio*<sup>96</sup> e *locatio conductio*<sup>97</sup> di fondi.

Fatta salva, dunque, la necessità di un approccio specifico a ciascun singolo caso, si può affermare a grandi linee che, sin dall'ultimo secolo della Repubblica, i giureconsulti tendessero a risolvere la questione prevalentemente attribuendo il carico del *praestare* in sede giudiziale al *dominus* del bene, sia in considerazione del rapporto privilegiato che questi ha con esso, sia per la valutazione dell'*oportere* in termini di *bona fides*.

---

Francisci, I, Milano, 1956, 131 ss. (= *Jus*, 5 [1954], 333 ss.), G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano, 1962, 691 ss., M. SARGENTI, sv. *Rischio contrattuale (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Milano, 1989, 1126 ss.

<sup>94</sup> Di cui si sono occupati, in modo più o meno approfondito, H. PHILIPP, s.v. *Sabate*, in *Realenzyklopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, II s., I/2, Stuttgart, 1920, 1537 ss., C. KRAMPE, *Proculi Epistulae: Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe, 1970, 31 s., A. LEWIS, *Alluvio: The Meaning of Institutes II.1.20*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, a cura di P. Stein e A. Lewis, London, 1983, 91 s., M.J. GARCIA GARRIDO - L.-E. DEL PORTILLO FERNANDEZ, *El lago de Rutilia Polla*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2761 ss., A. RODGER, *The Rise and Fall of Roman Lakes*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 55 (1987), 19 ss., TH. MAYER-MALY, *Rutulia's Lake*, in *Israel Law Review*, 29, 1-2 (1995), 151 ss., M. SPERONI, *Lacus est quod perpetuam habet aquam. La disciplina giuridica dei laghi dal diritto romano alla fine dell'età moderna*, Genova, 2011, 11 s. (già - parziale - *Lacus est quod perpetuam habet aquam*, in Aa.Vv., *La politica economica tra mercati e regole. Scritti in ricordo di Luciano Stella*, Soveria Mannelli, 2005, 453 ss.).

Non mi risulta, tuttavia, che il testo sia mai stato studiato nella prospettiva specifica delle sopravvenienze.

<sup>95</sup> R. CARDILLI, *Soppravvenienza*, cit., 196.

<sup>96</sup> V., per tutti, M. TALAMANCA, sv. *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, 450, ID., *Considerazioni sul «periculum rei venditae»*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 7 (1995), 217 ss., M. BAUER, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin, 1998, M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum aktionenrechtlichen Denken im römischen Privatrecht*, Wien, 2000, A. MANZO, *Il rischio contrattuale in diritto romano. In particolare il periculum nelle obligationes consensu contractae*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 4 (2005), 7 ss., S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2008.

<sup>97</sup> R. CARDILLI, *Soppravvenienza*, cit., 197 ss.



Quest'ultimo elemento, d'altro canto, ha un peso notevole nelle soluzioni prospettate e si propone sin dal principio come elemento discriminante per ogni ragionamento giuridico in proposito, introducendo notevoli specificazioni ed anche contraddizioni del principio guida appena enunciato. Se, in particolare in tema di locazione<sup>98</sup>, al *dominus* si addossa tendenzialmente persino il *casus*<sup>99</sup>, in considerazione dell'ampiezza della sua obbligazione di garantire al conduttore l'*uti frui*, tuttavia proprio la constatazione dell'oggettivo utilizzo del bene ad opera della controparte suggerisce una serie di limiti a tale regola, laddove in qualche modo il pericolo, anche casuale, possa essere ricollegato al suddetto uso e godimento.<sup>100</sup>

6. Con Labeone, tuttavia, nella tendenza alla «costruzione di un sistema aperto» della materia contrattuale<sup>101</sup>, il profilo della responsabilità soggettiva, riconducibile a dolo e colpa nel quadro di un rapporto di natura proprietaria con il bene, incominciò a dissociarsi da quello del *periculum* inteso in senso oggettivo. Quest'ultimo, quindi, venne preso in considerazione da un lato valorizzando ulteriormente l'elemento della *bona fides* in sé - e non come correttivo rispetto ai criteri di imputazione legati alla condizione di *dominus* - e, dall'altro, assegnando un rilievo sempre crescente all'*aequitas*, nel suo significato ampio di valutazione e temperamento degli interessi in causa.

Tale prospettiva, certo non svincolata da un contesto caratterizzato dal passaggio da un'economia prevalentemente fondiaria ad una di natura più commerciale e dal conseguente consolidarsi di un sistema negoziale più complesso e dinamico, appare fortemente volta, nell'accollare il *periculum* tenendo conto in particolare dell'iniziativa negoziale e, quindi, del centro d'imputazione dei prevalenti interessi, a garantire la conservazione della causa synallagmatica del contratto; con una notevole oscillazione, tuttavia, tra tutela della bilateralità genetica e della bilateralità funzionale.

In tal senso, infatti, in relazione all'*emptio venditio* - la cui funzione era quella di destinare, sin dal perfezionarsi dell'accordo, il bene al patrimonio dell'*emptor* - ragioni

---

<sup>98</sup> Di cui mi occuperò in modo particolare, dal momento che si tratta dell'istituto che più probabilmente viene in questione nel caso che prenderò in esame.

<sup>99</sup> Contraddicendo, come ricorda R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 199, la *regula* menzionata da Ulpiano secondo cui le circostanze di caso fortuito "*a nullo praestantur*" (D. 50.17.23, Ulp. 29 *ad Sab.*).

<sup>100</sup> Rinvio, per una giustificazione di tali affermazioni, alle fonti ed all'analisi di esse compiuta da R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 197 ss.

<sup>101</sup> R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 197 e, in particolare, 205 ss., con rinvio (*sub* nt. 57) alla bibliografia in proposito.

pratiche, connesse alla tutela dell'affidamento sull'effettività dello scambio in conseguenza del consenso, sembra suggerissero alla giurisprudenza classica l'opportunità di addossare preferibilmente<sup>102</sup> il rischio al compratore<sup>103</sup>, considerando il synallagma in una prospettiva genetica.

Diversamente, però, in relazione all'omologo contratto consensuale di durata, la *locatio conductio rei*, pare potersi affermare che il nesso tra prestazione e controprestazione fosse generalmente considerato dai giuristi tale da sottolineare, della sinallagmaticità, gli aspetti funzionali: l'una prestazione è ivi, infatti, in ogni singolo momento, il corrispettivo dell'altra. Sicché ne derivò l'applicazione prevalente del criterio del *periculum locatoris*, tale che l'impossibilità del godimento della cosa per fatto non imputabile al *locator* avrebbe determinato nondimeno la cessazione dell'*oportere* relativo al versamento del canone in capo al *conductor*.<sup>104</sup>

Tuttavia, a prescindere dalla prevalenza, in termini generali, di una *regula* o di un'altra, è interessante osservare come l'*Aktionenrechtlichesdenken* dei giuristi romani, in effetti, inquadrasse l'intera problematica nella prospettiva dell'*actione teneri* connesso al contenuto obbligatorio, ormai svincolato, nei rapporti consensuali, dal dato dominicale.<sup>105</sup>

Ciò comportava, in relazione a tali contratti, ove l'*actione teneri* era specificato dalla clausola *ex fide bona*, una libertà di individuare soluzioni circa l'accollo del *periculum* non condizionata dal rapporto dei contraenti con il bene, né necessariamente connessa all'assunzione di questo o quel ruolo contrattuale, ma piuttosto determinata dalle posizioni dalle parti assunte nel corso della negoziazione e, come già detto, dagli interessi emergenti dalla fattispecie e quindi, indirettamente, da una considerazione del

---

<sup>102</sup> Ma non senza che vi fossero verosimilmente anche qui eccezioni, come sembra apparire da due celebri passi tardo-repubblicani (entrambi provengono infatti dai *Digesta* di Alfeno Varo, epitomati da Paolo), ossia D. 18.6.13 (12) (Paul. 3 *Alf. epit.*) e D. 18.6.15 (14) (Paul. 3 *Alf. epit.*).

Su di essi v. A. MANZO, *Il rischio contrattuale*, cit., 2, che (sulla scorta di R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 207) legge la dissonanza delle soluzioni proposte in tali frammenti in prospettiva evolutiva, ascrivendola ad un momento in cui «esisteva ancora una certa influenza dell'arcaica concezione della compravendita come scambio contestuale della cosa contro il prezzo (*mancipatio*)».

<sup>103</sup> In relazione all'amplessimo dibattito circa la *regula «periculum emptoris»* come criterio generale applicabile in relazione alla compravendita, rinvio per tutti a R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 295 ss.

<sup>104</sup> Si vedano a titolo di esempio i seguenti frammenti: D. 19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.9.4 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.9.6 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.15.2-5 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.25.6 (Gai. 10 *ad ed. prov.*), D. 19.2.27 pr. (Alf. 2 *digest.*), D. 19.2.33 (Afric. 8 *quaest.*), D. 19.2.61 pr. (Scaev. 7 *digest.*).

<sup>105</sup> Come ben evidenziato da R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 208.

vantaggio derivante alle parti stesse.<sup>106</sup> Non si può dimenticare, del resto, che la giurisprudenza che andò elaborando i responsi in materia di *periculum* è la stessa che costruì il sistema dell'attribuzione della responsabilità contrattuale secondo il principio dell'*utilitas contrahentium*.<sup>107</sup>

7. Su quest'ultimo aspetto dovremo tornare, in particolare in relazione al fatto che esso spesso trovava esplicitazione in atteggiamenti negoziali assunti dalle parti, anche e specialmente in termini di espressione verbale della volontà e, quindi, di utilizzo di un certo linguaggio giuridico o meta-giuridico. Per il momento, però, non andrò oltre, limitandomi a dire che, tratteggiato in estrema sintesi, è questo il contesto speculativo entro cui va collocato il caso, che è ora tempo di prendere in esame:

D.18.1.69 (*Proculus 11 epistularum*): *Rutilia Polla emit lacum Sabatenem Angularium et circa eum lacum pedes decem: quaero, numquid et decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliae Pollae iuris sint. Proculus respondit: ego existimo eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus tunc fuit, et circa eum decem pedes qui tunc fuerunt, nec ob eam rem, quod lacus postea crevit, latius eum possidere debet quam emit.*<sup>108</sup>

Anche nel rispetto della necessità di rigore - sopra invocata - nel riferirsi a tipi contrattuali specifici, mi sembra fondamentale innanzitutto focalizzare l'attenzione sul fatto che la fattispecie riguarda un'ipotesi di contratto consensuale a prestazioni corrispettive. Tuttavia è altrettanto importante porre in evidenza la natura intrinsecamente ambigua del lessico abitualmente utilizzato dai Romani per indicare, indistintamente, compravendite e locazioni, che nelle circostanze in oggetto si traduce in una difficoltà di determinazione dell'effettiva natura del negozio.

---

<sup>106</sup> Tornerò su tale punto di vista, specificamente in relazione al caso che vado ad esaminare, più avanti; v. § 13.

<sup>107</sup> Qui non posso sviluppare tale suggestione, e mi limito a rinviare, per riferimenti all'*utilitas* come criterio indicativo per l'attribuzione della responsabilità, a G. SANTUCCI, "*Utilitas contrahentium*": *Note minime su una regola che "cacciata dalla porta, rientrò dalla finestra"*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, III, Napoli, 2008, 277 ss. (ora, rivisto e semplificato con il titolo *Il principio dell'utilità dei contraenti*, in ID., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, 51 ss.).

<sup>108</sup> Traduzione: «Rutilia Polla comprò il lago Sabatene Angolaro e intorno a quel lago dieci piedi: domando, se anche i dieci piedi che allora erano accessori si trovino sott'acqua, poiché il lago è cresciuto, se siano di diritto di Rutilia Polla i successivi dieci piedi dall'acqua. Proculo risponde: io ritengo che sia stato *venduto* il lago, che Rutilia Polla *comprò*, nella misura in cui era allora, e intorno a quello i dieci piedi che allora c'erano, e che (ella) non debba, per quella circostanza, che il lago in seguito crebbe, possederlo in misura più ampia di quanto abbia *comprato*». Darò conto subito di seguito nel testo del perché di questi corsivi, relativi ai verbi individuanti la fattispecie contrattuale in essere (v. *infra*, § 8 s.).

È noto, infatti, il dato generale che nel linguaggio tecnico giuridico romano i verbi *emere/vendere* (*venire*) vengono utilizzati ad indicare tanto il contratto di compravendita, quanto quello di locazione. Solitamente, tuttavia, il contesto entro cui tali verbi sono impiegati vale a chiarire la natura del rapporto giuridico instaurato.

Non così in questo caso, ove non vi sono almeno *prima facie* elementi, se non indiziari, che facciano propendere per l'una o l'altra ipotesi. Affronterò, però, tale questione in seguito, dopo aver fatto il punto sugli elementi della fattispecie nella sua interezza.

Il testo, che non vi sono motivi di sospettare di interpolazione, trova posto nel Digesto giustiniano sotto la rubrica «*de contrahenda emptione*»: venne quindi recepito dai compilatori del VI secolo d.C. nella prospettiva dei termini della conclusione del contratto di compravendita e delle obbligazioni che ne scaturiscono.

Prima di narrare brevemente la fattispecie, dirò subito che si tratta senza ombra di dubbio di un caso reale sottoposto verso la metà del I secolo d.C. al giurista Proculo, eponimo di una delle due 'scuole' che dominarono la scena del pensiero giuridico nei primi due secoli del Principato.<sup>109</sup>

Il primo indizio in tal senso è rappresentato dal fatto che la protagonista vi è presentata con il suo nome proprio, così come anche il bene oggetto del contratto: una tale Rutilia Polla, infatti, acquista il lago Sabatene Angolario, ossia un lago ben identificato e di discrete dimensioni, distante da Roma una trentina di chilometri, il lago di Bracciano, e intorno a quel lago dieci piedi di terreno.

La *quaestio* riguarda uno strano evento, che, in sé, si traduce giuridicamente in un chiaro caso di sopravvenienza: poiché il livello delle acque del lago si è innalzato e anche i dieci piedi litoranei, oggetto accessorio ma non secondario del contratto stipulato da Rutilia Polla, si ritrovano di conseguenza sommersi, si domanda se ella avrà diritto ad ulteriori dieci piedi di terreno.

---

<sup>109</sup> Mi limiterò, di seguito, a riassumere brevemente gli esiti di uno studio da me già pubblicato in cui vengono presi in considerazione tutti gli aspetti della questione, delle cui circostanze oggettive ho tentato di proporre una ricostruzione: B. BISCOTTI, *Ermeneutica contrattuale, conseguenze pratiche, scelte politiche. Lo strano caso dell'acquisto del lago di Bracciano tra dati archeologici e riflessioni giuridiche*, in *Jus* 2 (2014), 209 ss.

A tale articolo, dunque, rinvio, per ogni argomentazione sui fatti, che qui mi limiterò ad enunciare come dati già acquisiti.

Anche il dato relativo all'innalzamento del lago, che suona singolare, è tuttavia storico, secondo quanto risulta dalle evidenze geo-archeologiche; e, in base a queste ultime e a riscontri testuali, va collocato a mio parere tra il 57 e il 60 d.C.

L'evento esondativo, che portò il lago al livello attuale, deve essere verosimilmente collegato al fatto che il lago di Bracciano fa parte di un apparato lacustre di origine vulcanica, i cui bacini (alcuni altri dei quali furono coinvolti nella vicenda) spesso sono collegati tra loro da gallerie e fiumi sotterranei; a ciò si aggiunga inoltre che intorno a quest'epoca è registrata una esondazione del fiume Tevere che potrebbe essere connessa all'evento.

Dunque il caso è strano, ma reale: riguarda l'*emptio* di un bene tuttora esistente e individuabile (il lago di Bracciano), ha come protagonista una tale Rutilia Polla, una matrona romana ricca e intraprendente al punto da potersi permettere un acquisto di tale portata, si riferisce ad una vicenda contrattuale peculiare, in cui la natura si intromette a interrompere il regolare corso dell'adempimento, ed è esaminato da Proculo, uno dei giuristi più importanti del momento, nella fase più matura della sua carriera.

In considerazione della natura inusuale dell'oggetto dell'*emptio*, un lago ed uno stretto tratto di riva circostante, potrebbe essere ulteriormente interessante interrogarsi anche sui motivi della conclusione di un tale negozio da parte della matrona. Anche in proposito mi limito a rinviare alle ricerche già da me pubblicate in altra sede<sup>110</sup>, riferendone solamente gli esiti, consistenti nella considerazione che Rutilia evidentemente gestiva un'impresa commerciale di pesca e rivendita di pesce.

Il lago, infatti, era famoso non solo per la ricchezza di pesce d'acqua dolce, ma anche per l'allevamento in apposite peschiere (di cui gli archeologi hanno trovato i resti sommersi) di alcune specie di pesci di mare. Il mercato romano assorbiva ingenti quantità di fauna ittica e la scarsa distanza dall'Urbe consentiva una consegna rapida. I tre metri di riva, oggetto del contratto insieme al lago, si giustificano solo alla luce delle esigenze dell'attività relativa alla pesca e carico della merce; ed in effetti nella zona dove tuttora sorge una cittadina chiamata Anguillara Sabazia, che ho ipotizzato - anche grazie al supporto dei dati emersi dagli scavi - fosse quella dove si svolgeva principalmente tale attività, sono stati ritrovati resti di due lunghi moli, ora sommersi, che si protendevano nel lago.

---

<sup>110</sup> V. nota precedente.

8. Descritto il caso nel fatto, possiamo ora tornare ad occuparcene nel diritto, *in primis* prendendo in carico il problema della menzionata ambiguità del termine *emere* qui utilizzato, onde tentare di fornire un'ipotesi interpretativa che possa meglio circostanziare la fattispecie.

In proposito, dirò subito che, diversamente da quanto avevo concluso nel succitato precedente lavoro, in cui mi sono occupata del passo prevalentemente sotto il profilo della ricostruzione storico-giuridica della fattispecie, sono attualmente più propensa, riconsiderati i fatti ed il caso anche nella prospettiva delle sopravvenienze, a collocare la fattispecie stessa in una prospettiva di concessione in locazione, piuttosto che in quella della compravendita.

È vero, in effetti, che i Giustinianeî pongono il frammento sotto la rubrica *de contrahenda emptione* e che l'ipotesi dell'acquisto di un lago non è peregrina, dal momento che le fonti romane ammettono la proprietà privata sui laghi.<sup>111</sup> Ed in effetti in proposito, anzi, un passo di Ulpiano sembra additare nell'istituto proprietario di diritto privato il regime prevalentemente applicato in merito alla condizione giuridica delle acque lacustri.<sup>112</sup>

Tuttavia in questo caso l'ipotesi parrebbe, sul piano fattuale, già ad un primo sguardo, poco verosimile.

Il lago ha dimensioni ragguardevoli e, come le risultanze archeologiche evidenziano, lo stesso rappresentava un frequentato luogo di villeggiatura dei ricchi Romani, le cui lussuose ville ne costellavano le rive. Difficile senz'altro, quindi, anche solo da un punto di vista pratico, pensare che Rutilia Polla potesse averne monopolizzato le acque acquistandolo interamente, o anche solo comperandone una porzione, sempre con tre metri di spiaggia tutt'intorno.

Più verosimile che alla stessa, in previsione dell'attività imprenditoriale alieutica di cui si è detto, fosse stato dato in locazione il godimento e lo sfruttamento del lago o di parte di esso, con la relativa riva.

---

<sup>111</sup> Cfr. M. SPERONI, *Lacus est*, cit.

<sup>112</sup> D. 43.14.1.6 (Ulp. 68 *ad ed.*), cui *adde* D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*), ove si afferma, come di un dato normale della realtà, «... *in lacu tamen, qui mei dominii est ...*».

Tale ipotesi, del resto, è totalmente plausibile sotto il profilo terminologico.

Innanzitutto è stata largamente studiata, anche in relazione alle locazioni private, l'ampia e attestata contaminazione lessicale originaria con i segni identificativi della compravendita.<sup>113</sup>

Ma la possibilità che qui con il verbo *emere* si alludesse ad una concessione in locazione appare a maggior ragione verosimile ove si ipotizzi che il soggetto concedente fosse pubblico.

Come *emptiones venditiones*, infatti, erano da sempre individuate nelle fonti le concessioni a lungo termine di *ager publicus*, nelle loro differenti forme.<sup>114</sup> Ed anche gli appalti pubblici, pur configurati come locazioni, risentivano della suddetta contaminazione; quelli per la riscossione delle imposte *in primis*, nell'utilizzo di termini come *venīre* (*decumas* ad esempio), ma anche di altri vocaboli più antichi, riferibili a un'idea preconsensualistica della compravendita, come *manceps*<sup>115</sup>, individuante

---

<sup>113</sup> Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999.

<sup>114</sup> Si vedano, per tutti, O. DILIBERTO, *Proprietà fondiaria pubblica e disponibilità dei privati nel diritto romano*, in *Atti del III Convegno internazionale sul Diritto romano, Diritto cinese e codificazione del diritto civile* (Pechino, 14-16 ottobre 2005), a cura di J. Ping e S. Schipani, Beijing, 2008, 1 ss., L. MAGANZANI, *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico, in Sistemi centuriali e opere di assetto agrario tra età romana e primo medioevo. Atti del Convegno Borgoricco (Padova)-Lugo (Ravenna), 10-12 settembre 2009, in Agri centuriati. An international Journal of Landscape Archaeology*, 6 (2009), 227 ss. e M. R. CIMMA, *Norma giuridica e effettività del diritto: alcune osservazioni in tema di superficie*, lezione tenuta presso l'Associazione di Studi Tardoantichi, Napoli, 23 marzo 2010, pubblicata in <http://www.studitardoantichi.org/einfo2/file/10076-CIMMA.pdf>. Inoltre, in ambito non giusromanistico, cfr. J.A. CROOK, *Classical Roman Law and the Sale of Land*, in *Studies in Roman Property*, a cura di M.I. Finley, Cambridge, 1976, 71 ss. e D.J. GARGOLA, *Lands, Laws, & Gods* Chapel Hill-London, 1995, 114 ss.

<sup>115</sup> La letteratura relativa a questo genere di rapporti è molto cospicua, specie in relazione a profili attinenti l'attività dei pubblicani. Senza, quindi, alcuna volontà di esaustività, che in questa sede sarebbe comunque superflua, mi limiterò a rinviare ad alcuni tra i contributi più recenti: si vedano A. TRISCIUOGGIO, «*Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Napoli, 1998, ID., *Le concessioni di beni pubblici nell'esperienza romana*, in *Labeo*, 45 (1999), 292 ss., ID., *Societas publicanorum e aspetti della responsabilità esterna*, in *Diritto@Storia*, 11 (2013), 1 ss., <http://www.dirittoestoria.it/11/memorie/Trisciuoglio-Societas-publicanorum-responsabilita-esterna.htm>, A. MATEO SANZ, *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Santander, 1999, G.D. MEROLA, *Autonomia locale-governo imperiale. Fiscalità e amministrazione nelle province asiatiche*, Bari, 2001, E. PENDÓN MELÉNDEZ, *Régimen Jurídico de la prestación de servicios públicos en Derecho Romano*, Madrid, 2002, L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale de publicanis*, Torino, 2002, U. MALMENDIER, 'Societates publicanorum'. *Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln-Weimar-Wien, 2002, X. GUODONG, *I pubblicani romani: l'esperienza romana nell'attuazione privata della funzione statale*, in *Diritto@Storia*, 10, 2011-2012, <http://www.dirittoestoria.it/10/Note&Rassegne/Xu-Guodong-Pubblicani-romani.htm>, A. TORRENT, *Los «publicani» en la «lex rivi Hiberiensis»*, in *Rivista di Diritto Romano*, 13 (2013), 1 ss., <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Torrent.pdf>.

l'appaltatore, su base d'asta<sup>116</sup>, di qualsivoglia dei moltissimi affari pubblici la cui gestione, in assenza di un apparato amministrativo a ciò preposto, veniva affidata ai privati<sup>117</sup> in misura massiccia<sup>118</sup>, che si trattasse, come testimonia Polibio, di opere pubbliche o di «fiumi, porti, boschi, miniere<sup>119</sup>, terre [...] tutto quello che è in mano ai Romani [...]».<sup>120</sup>

9. Tutte le considerazioni appena svolte, dunque, sembrano già suffragare, come ipotesi più verosimile di ricostruzione delle circostanze del caso in esame, l'idea che Rutilia Polla potesse essere l'aggiudicataria di una concessione di sfruttamento della ricchezza ittica del lago e che la sua più probabile controparte concedente fosse un organo della *civitas*.<sup>121</sup>

In tale prospettiva potrebbero risultare particolarmente interessanti, per le indicazioni che forniscono circa le concessioni di sfruttamento delle risorse pubbliche in genere, le

---

<sup>116</sup> Su ciò si veda M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *Memorie dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, s. VII, vol. VI, 2, Roma, 1954.

<sup>117</sup> In tal senso si veda anche J. ANDREAU, *Recherches récentes sur le mines à l'époque romaine. I. Propriété et mode d'exploitation*, in *Revue Numismatique*, 31 (1989), 86 ss.

<sup>118</sup> Perlomeno in età repubblicana ed imperiale fino al periodo degli Antonini, a partire dal quale la dottrina tuttora prevalente ritiene si sia affermata la gestione diretta da parte dell'apparato amministrativo, ormai definitivamente strutturato da una gestione imperiale matura; si vedano, in proposito, l'analisi effettuata da O. HIRSCHFELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diokletian*<sup>2</sup>, Berlin, 1905, 146 ss. e quanto scritto da M.A. LEVI (*I Flavi*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II 2, Berlin-New York, 1975, 177 ss.), che attribuisce a Vespasiano «la trasformazione del principato in istituto di diritto pubblico», aggiungendo che «Divenuto così regime, il principato doveva iniziare quel sistema di regolarità, legalità, chiarezza, oculatezza, che non era possibile quando tutto lo Stato era retto in maniera in certo senso *extra ordinem*, rivoluzionaria e quasi eroicamente sovrumana, come erano stati costretti a fare, almeno in parte, i Giulio-Claudi» (196).

<sup>119</sup> Sulle quali, in particolare, si veda di seguito nel testo.

<sup>120</sup> Polyb. 6.17.2-4.

<sup>121</sup> Devo a Roberto Fiori questo mio più approfondito ripensamento sulla natura mista, pubblica e privata, di tale rapporto, dal momento che, in seguito ad una mia comunicazione avente ad oggetto il caso qui presentato, in occasione di una sessione del LXX Convegno SIHDA-Parigi 2016 (su «*Ius et Periculum. Le droit face au risque dans l'Antiquité*») da lui presieduta, mi ha offerto utili elementi di riflessione in proposito, sostenendo l'idea, sulla quale prima io ero ancora titubante, che in effetti il caso potesse avere ad oggetto un rapporto negoziale con il soggetto pubblico e non tra privati.

È grazie a queste suggestioni, quindi, che ho in seguito deciso di approfondire il tema delle concessioni di sfruttamento delle risorse pubbliche, convincendomi della opportunità di riconoscere un rapporto di tal genere anche nella fattispecie esaminata da Proculo. Di conseguenza, ferme le convinzioni relative alla ricostruzione degli estremi fattuali della fattispecie, sono invece mutate le mie conclusioni, che qui presenterò, circa l'inquadramento giuridico del caso, rispetto al precedente lavoro che ho dedicato al passo (*Ermeneutica contrattuale*, cit.).



fonti relative alle concessioni minerarie<sup>122</sup>, che presentano caratteristiche intrinseche in parte assimilabili a quelle per lo sfruttamento ittico.<sup>123</sup>

In particolare le testimonianze relative a tali concessioni offrono diversi esempi di quelle *leges censoriae*<sup>124</sup> mediante le quali (oltre che attraverso i singoli atti di concessione) venivano regolati verosimilmente i rapporti tra soggetto pubblico e privati in relazione alla possibilità di sfruttamento delle risorse *populi Romani* e, pertanto, probabilmente anche di quelle ittiche di cui si tratta nel caso in esame. A quanto risulta, in tali *leges* – ed è ciò che qui più interessa – venivano forse contemplati anche profili relativi alla sopportazione del *periculum*, accollando lo stesso al contraente pubblico in caso non fosse più possibile sfruttare la concessione, ad esempio, *per vim aut incursum hostium*<sup>125</sup>; ma su ciò si dovrà tornare in seguito.

D'altra parte l'ipotesi appena prospettata, come vedremo tra breve, potrebbe anche dar meglio conto della risposta negativa, *tranchante* e un poco sconcertante, fornita da Proculo alla domanda circa un eventuale diritto di Rutilia Polla a conseguire ulteriori dieci piedi di riva, motivata dalla perdita, a causa dell'innalzamento del lago, del godimento di parte del bene oggetto del contratto.

La soluzione presentata da Proculo, in effetti, spiazza per la sua assoluta perentorietà, dal momento che, negato tale diritto alla donna, non sembra nemmeno lasciare spazio ad alcun temperamento o rimedio a suo favore.

---

<sup>122</sup> Esaminate in particolare da G. NEGRI, *Diritto minerario romano. I. Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano, 1985 e ID., *Sulle 'concessioni' minerarie nel diritto romano*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica. Congresso internazionale SISD (Torino, 17-19 ottobre 1994)*, Napoli, 1997, 57 ss.

<sup>123</sup> Benché, va sottolineato, tale assimilazione possa essere compiuta solo sotto profili molto generali, dal momento che le peculiarità, anche differenti di luogo in luogo, dei giacimenti minerari, delle loro modalità di sfruttamento, del tipo di beni che se ne ricavava e quindi delle forme in cui essi venivano concessi ai privati, non consentono in effetti di dedurre un *corpus* generale della regolamentazione amministrativa delle concessioni di sfruttamento.

<sup>124</sup> In proposito si può vedere, in particolare, A. VERGARA BLANCO, *Contribución a la historia del derecho minero. I: fuentes y principios del derecho minero romano*, in *Revista de estudios Historico-Juridicos*, 12 (1987-88), 13 ss., S. LAZZARINI, *Lex metallis dicta. Studi sulla seconda tavola di Vipasca*, Roma, 2001, A. MATEO SANZ, *Observaciones sobre el régimen jurídico de la minería en tierras públicas en época romana*, Santiago de Compostela, 2001 e, più recentemente ancora, ID., *Nuevas reflexiones sobre el régimen jurídico minero romano*, in *Minería y metalurgia antiguas. Visiones y revisiones. Homenaje a C. Domergue*, a cura di A. Orejas e C. Rico, Madrid, 2012, 245 ss., A. CHERCHI, *Considerazioni in tema di società minerarie nel diritto romano del Principato. Note a margine di Vip. II.6-8*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 57 (2014), 63 ss. e A. TORRENT, *Pactiones, publicani y leges censoriae*, in *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2015, 68 ss., [http://www.ridrom.uclm.es/documentos15/torrent15\\_pub.pdf](http://www.ridrom.uclm.es/documentos15/torrent15_pub.pdf).

In generale sulle *leges censoriae*, si veda comunque anche il sempre interessante lavoro di F. CANCELLI, *Studi sui censores e sull'arbitratus della lex contractus*, Milano, 1957 (rist. 1960).

<sup>125</sup> Cfr. M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, 2008, 8 ss.

Rutilia, infatti, aveva ottenuto in concessione il lago con una striscia di rispetto che le avrebbe consentito di esercitare la sua attività imprenditoriale, per lo svolgimento della quale l'*uti frui* del solo specchio lacustre non era sufficiente, essendo indispensabile poter godere dello stesso diritto anche su una striscia di terreno costiero, esigua ma bastante per tirare in secca le barche e gestire il governo delle attrezzature da pesca, lo scarico del pesce ed il suo trasporto: senza tale stretta porzione di riva, invero, il suo acquisto risultava inutile.

Ci troviamo, dunque, sotto il profilo oggettivo, di fronte ad una tipica circostanza di sopravvenienza: a causa dell'evento naturale, una *vis maior* totalmente imprevedibile ed indipendente dai contraenti, era stato sottratto a Rutilia, che aveva concluso il negozio per esercitare quella certa attività imprenditoriale non attuabile senza poter continuare ad usufruire del bene complessivo lago/riva, la possibilità di conseguire l'esatto adempimento del contratto.

La decisione di Proculo non dovette essere semplice, come sembra suggerire quel cauto «*ego existimo*», che solitamente introduce nel linguaggio giurisprudenziale un'opinione non univoca, quando non del tutto innovativa.

Il giurista, infatti, nega recisamente, come si è detto, la possibilità di dare seguito alla richiesta della matrona di ottenere, persi i tre metri rivieraschi originari, i successivi tre. La motivazione di tale responso, nelle sue parole, starebbe nel fatto che è «stato *venduto* il lago, che Rutilia Polla *comprò*, nella misura in cui era allora, e intorno a quello i dieci piedi che allora c'erano, e che (ella) non debba, per quella circostanza, che il lago in seguito crebbe, possederlo in misura più ampia di quanto abbia *comprato*».

Alla negazione del diritto di Rutilia, infine, non corrisponde nel passo, come già evidenziato, alcuna prospettazione di una possibilità di conservare l'equilibrio contrattuale prevedendo, ad esempio, l'estinzione o la riduzione della sua obbligazione. Apparentemente Rutilia deve sobbarcarsi integralmente le conseguenze negative dell'evento sul contratto.

**10.** Il responso in questione va esaminato, dunque, sotto plurimi profili:

a) una sua collocazione nel contesto del pensiero giuridico precedente e contemporaneo a Proculo in tema di *periculum*, perlomeno in relazione a normali contratti tra privati;

b) la specificità del contratto in questione;

c) l'apparente assenza nel responso di una prospettiva equitativa volta a riequilibrare la posizione delle parti contrattuali.

Sotto il primo profilo, per i motivi sopra addotti, prenderò senz'altro in considerazione la fattispecie come riferibile ad una circostanza di locazione, valutando in prima battuta i criteri di ripartizione del rischio adottati nei rapporti di diritto privato; non trascurerò, tuttavia, ove utile, un confronto con lo scenario eventuale che si presenterebbe, laddove invece la fattispecie avesse avuto ad oggetto un'effettiva compravendita.

Dunque, la natura locatizia del contratto stipulato da Rutilia Polla ci porterebbe esattamente nel contesto - in cui tipicamente rileva in modo particolare, come già ricordato, il tema delle sopravvenienze - dei contratti di durata. Ove fosse stata, invece, stipulata una compravendita, in un certo senso essa potrebbe essere considerata - sotto il profilo della possibile rilevanza di eventuali sopravvenienze - alla stessa stregua, in quanto, dal momento che l'*emptio venditio* consensuale romana ha effetti obbligatori in relazione al mero trasferimento - istantaneo ed unitario - del pacifico godimento del bene, si presuppone possa operare, al suo interno, una dilazione tra il trasferimento di cui si è detto ed il successivo atto traslativo del dominio: in questo spazio, benché appunto si tratti di un contratto ad esecuzione istantanea, potrebbero quindi verificarsi delle sopravvenienze, suscettibili di inficiare la realizzazione effettiva della causa contrattuale per l'uno o l'altro dei contraenti.

Ho già sommariamente ricordato in precedenza quali fossero le soluzioni in prevalenza adottate dalla giurisprudenza preclassica e classica in proposito, rispetto alle quali il responso proculeiano si presenta con alcune peculiarità.

Già la giurisprudenza del I secolo a.C., infatti, (in particolare a partire da Servio Sulpicio Rufo) da poco liberatasi - e non del tutto - dal rigoroso formalismo arcaico, proprio a causa della menzionata rilevanza della *bona fides* nei rapporti *iuris gentium*<sup>126</sup>, aveva avviato lo sviluppo di un'attenzione ermeneutica specifica rispetto al

---

<sup>126</sup> Cfr. R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, IV, Napoli, 2011, 97 ss.

contemperamento del tenore letterale del contratto con l'esigenza di indagare sul *quod actum est*<sup>127</sup> ad opera delle parti.

Il passaggio da una distribuzione del rischio legata al rapporto dominicale con il bene ad un altro criterio, facente perno sulla *bona fides* e connesso piuttosto alla – ad essa conseguente - individuazione del soggetto cui nella fattispecie dovevano essere imputati i prevalenti interessi contrattuali, trovò un efficace punto di continuità nell'attenzione all'enunciazione della volontà contrattuale, che dal portato formalistico rigoroso che aveva nella *sponsio/stipulatio* si andò progressivamente traducendo in strumento interpretativo sostanziale degli assetti di interessi nel loro insieme.

Di questa matrice si potrebbe avvertire l'eco nel responso di Proculo, che parrebbe rinviare in più punti alle esatte parole utilizzate dai contraenti per l'individuazione del bene oggetto della prestazione al momento della conclusione del contratto: «*lacus Sabatenem Angularium et circa eum lacum pedes decem*», «*eatenus lacum... quatenus... et circa eum decem pedes*».

Il linguaggio utilizzato sembra un elemento decisivo: il bene era stato individuato come quel lago e dieci piedi intorno ad esso; i «*proximi pedes decem*», che Rutilia pretende – sembra evidenziare Proculo - costituiscono un bene altro rispetto a quello concordato come oggetto della prestazione. Di qui l'apertura, almeno implicita, del passo sul tema del *periculum*, dal momento che, appurato che è andato irrimediabilmente perduto a causa di una *vis maior* parte del bene oggetto della prestazione, il *thema disputandum* slitta, almeno potenzialmente, sul terreno della distribuzione del rischio connesso a tale perdita.

**11.** La cautela con cui mi esprimo a proposito di un'effettiva considerazione della tematica del *periculum* nel frammento è motivata dal fatto che non è chiaro se Proculo, nel contesto originario del responso, si spingesse o meno su questo terreno.

Il richiamo, da lui compiuto, dei termini negoziali così esattamente enucleati in un certo assetto linguistico, viceversa, sembra effettivamente piuttosto volto qui ad additare nel *tempus contractus* il criterio da applicarsi al fine dell'individuazione della prestazione, evidenziando un approccio da parte del giurista parzialmente diverso da quello legato al problema del rischio.

---

<sup>127</sup> V. *retro*, nt. 87.

Il dato irrefragabile, in proposito, è rappresentato dal fatto che la prospettiva appena menzionata ha condizionato la scelta dei compilatori giustinianeî, i quali, collocando il passo nel Digesto sotto il titolo *de contrahenda emptione*, evidenziano la loro interpretazione del frammento stesso come attinente alle modalità di conclusione del contratto<sup>128</sup> e non al *periculum* connesso allo stesso, la cui *sedes materiae* nelle Pandette è altrove collocata<sup>129</sup>.

In effetti, ove si ponga un'attenzione specifica alla *quaestio*, ci si rende conto che essa sposta il tema del decidere, rispetto a quanto sembrerebbe emergere nel *casus*, verso il reale interesse di Rutilia Polla, che, perlomeno *prima facie*, non verte sul *periculum* in senso tecnico, ossia sul destino della propria obbligazione, né su quello, atecnico, concernente il soggetto su cui dovrà gravare la perdita economica.

Ella domanda, invece, evidentemente nella prospettiva dell'interesse allo svolgimento della propria attività commerciale, di poter conservare il godimento del bene oggetto del contratto esattamente nella condizione in cui esso era stato individuato in origine: il lago e una corrispondente zona riparia di dieci piedi.

A tale richiesta fa fronte il responso, focalizzandosi sulla natura dell'oggetto della prestazione ('quei 10 piedi di riva' o '10 piedi di riva dal limitare delle acque') e sul momento dell'individuazione dello stesso attraverso il perfezionarsi dell'accordo nel contratto. È esattamente in questo senso che appare congruente (al di là delle considerazioni sul tipo di contratto in questione) anche l'appena ricordata collocazione del frammento sotto il titolo '*de contrahenda emptione*': la soluzione interpretativa proculeiana non prenderebbe infatti (almeno non *ictu oculi*) in considerazione il tema del *periculum* (trattato in altro libro e titolo del Digesto), bensì le circostanze in cui si conclude – nel senso più ampio – il contratto.

In tal senso il giurista sottolinea, attraverso le parole del contratto, che il bene era stato individuato come «quel lago e dieci piedi intorno ad esso»; i «*proximi pedes decem*», che Rutilia pretende, sembrano costituire, quindi, un bene altro rispetto a quello concordato come oggetto della prestazione.

---

<sup>128</sup> Che si tratti effettivamente di una compravendita oppure che, pur essendo questo un caso di locazione, fosse stato dai giustinianeî comunque annoverato tra quelli riguardanti le modalità di conclusione dell'*emptio venditio* a causa di una superficiale lettura dei verbi contenuti nel passo, o perché in ogni caso i fondamentali relativi alla conclusione di un contratto di scambio di denaro contro un bene (merce o servizi) non differivano dall'uno all'altro di tali negozi, rispetto ai quali in ogni caso l'*emptio venditio* riveste un ruolo paradigmatico.

<sup>129</sup> D. 18.6, *De periculo et commodo rei venditae*.

Sin qui il discorso sull'esatta individuazione dell'obbligazione del locatore (o venditore); rispetto al quale ultimo è lecito chiedersi se si potesse trovare nelle condizioni di dare comunque il lago con ulteriori dieci piedi di riva, sia prima che dopo l'esondazione.

A tale dubbio sembrerebbe sia data implicitamente una risposta nella stessa formulazione, da parte della protagonista della vicenda, della richiesta di avere quegli ulteriori tre metri costieri, che sembra lasciare intravedere una tale possibilità; ma su ciò dovremo tornare più avanti.

Chiarito, pertanto, che il dato esplicito, emergente ad un primo livello dalla lettura del passo è quello dell'interpretazione della volontà contrattuale in relazione all'individuazione dell'oggetto della prestazione ed alla *regula* in proposito da applicarsi, del riferimento al *tempus contractus*, tuttavia il responso si apre poi, in effetti, al tema del *periculum*, implicitamente evocato laddove si lascia intendere, nel silenzio circa il destino delle obbligazioni di Rutilia Polla, che gli effetti perniciosi dell'evento naturale dovessero ricadere qui interamente e senza rimedio su di lei.

12. In proposito, le considerazioni circa tale allocazione del rischio a carico di Rutilia Polla vanno differenziate a seconda dell'inquadramento che si sceglie di dare alla questione e sul quale, giunti a questo punto, bisogna concretamente interrogarsi.

Ove si pensasse ad un rapporto contrattuale tra privati, dovremmo riandare innanzitutto a quanto già ricordato circa il ruolo di Labeone, all'inizio del I secolo d.C., nel proporre in proposito un paradigma più ampio di quello serviano. In esso l'*actioe teneri*, cioè la legittimazione passiva all'azione, era condizionato non solo dal semplice contenuto obbligatorio del *praestare*, ma anche da circostanze non imputabili al debitore a titolo di responsabilità, secondo i paradigmi della *bona fides* e dell'*aequitas*, allo scopo di assicurare che venisse preservata la causa synallagmatica del contratto, ossia la correlazione tra l'impegno patrimoniale e le aspettative di ciascuna parte.

Proculo, giurista di una generazione successiva a quella di Labeone, pare qui non tenere però in alcun conto questi criteri interpretativi e disattendere le linee ermeneutiche prevalentemente individuate dalla giurisprudenza in tema di *periculum* in rapporti del genere di quello qui considerato.

Laddove, infatti, il contratto dalla donna concluso fosse stato una compravendita, la soluzione proposta apparirebbe conforme al principio *periculum emptoris* ed il giurista coerentemente darebbe rilievo agli aspetti genetici della bilateralità del rapporto.

Tuttavia, come ho già detto, questa ipotesi è difficile da accogliere. Una locazione dei diritti di sfruttamento della pescosità delle acque, integrati dalla possibilità di utilizzarne la riva più prossima, appare molto più realistica dell'acquisto di un lago (o anche solo di parte di esso) così intensamente sfruttato dal punto di vista 'turistico' dai ricchi Romani.

Ove, quindi, si opti - come credo preferibile - per una lettura del caso in esame in prospettiva locatizia, appare evidente come il responso di Proculo si discosti dal paradigma del *periculum locatoris*, connesso all'obbligazione di *frui licere praestare* che, nel caso analogo di affitto di fondi, comprendeva l'obbligo di garantire non solo la disponibilità del terreno, ma anche il godimento dei frutti, derivanti dal concorrere dell'opera dell'uomo e di fattori naturali.<sup>130</sup>

In termini più generali, ci troveremmo qui a confronto con la scelta di privilegiare semmai, anche in un contesto di *locatio rei*, il punto di vista del synallagma genetico e non, come di consueto, quello funzionale. Pur premessa l'ovvia incertezza circa il tenore ed il contesto originale del passo, infatti, ho già rilevato come sembri potersi dedurre che il giurista optasse per un'allocatione totale del rischio a carico di Rutilia, dal momento che egli non menziona contestualmente - come ci si sarebbe aspettati - il venir meno della corrispondente sua obbligazione al pagamento del canone.

La soluzione fornita, pertanto, negando di fatto a Rutilia la possibilità di ottenere quanto pattuito, pare scardinare completamente il criterio della *bona fides*, che pure presiedeva a questo genere di rapporti obbligatori, e, correlativamente, non dare nemmeno importanza alla conservazione del synallagma funzionale, in base al quale ci si sarebbe appunto attesi quantomeno l'affermazione della necessità di una sospensione dell'obbligazione di corrispondere il canone o della *reductio ad aequitatem* della controprestazione di Rutilia, cosa cui però il giurista nemmeno accenna.

---

<sup>130</sup> Secondo R.CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano. (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 235 ss., la prestazione del *locator* aveva ad oggetto non solo la garanzia del libero godimento del bene, ma anche quella «delle condizioni esterne», sicché «questa obbligazione di garanzia, se trovava certo un limite nel cattivo risultato agricolo dovuto all'incapacità del colono, sembrava non impedire un suo riconoscimento nel caso in cui una *vis* avesse interrotto il perfezionarsi del ciclo produttivo».

13. Onde giustificare tale apparente totale distanza della soluzione proculeiana dalle linee del pensiero giurisprudenziale prevalente in tema di rischio contrattuale, si potrebbe ancora pensare ad un'altra possibile prospettiva.

Si potrebbe ravvisare, nel riferimento da parte del giurista alle parole (reiteratamente ricordate) del negozio, anche una volontà di correlare tali termini contrattuali ad un soggetto che primariamente li enuncia, onde individuare la parte cui ricondurre l'iniziativa – e quindi l'interesse - contrattuale prevalente e così commisurare la sopportazione del *periculum* al beneficio derivante dalla conclusione del negozio.<sup>131</sup>

L'individuazione specifica, attraverso le parole menzionate, dell'oggetto della prestazione, infatti, cui non si può sospettare ormai venisse ricollegato, almeno in relazione ai rapporti tra privati, un connotato formalistico, potrebbe valere a sottolineare il ruolo di chi, nella situazione in esame, si sia posto come *dominus negotii*; e dunque ad evidenziare in capo a quel soggetto (in questo caso semmai Rutilia) un potere contrattuale (in termini di definizione dello stesso, oltre che di interessi correlati) cui ben si potrebbe far corrispondere anche il contrappeso della sopportazione dell'eventuale *periculum*.

Tale prospettiva non risulterebbe isolata nel panorama del pensiero giurisprudenziale classico. In tal senso, infatti, sappiamo che si era già pronunciato lo stesso Labeone (seguito da Pomponio e poi da Ulpiano, che ne riferisce il pensiero) in tema di contratti innominati<sup>132</sup>, fondando la scelta circa l'allocazione del rischio sull'individuazione dell'«iniziativa negoziale (*rogatio*), che riflette un preminente interesse economico alla conclusione dell'affare».<sup>133</sup>

Indipendentemente dall'attribuzione di una responsabilità per dolo e colpa, che viene presa in considerazione qui solo come criterio residuale, laddove non vi sia un'iniziativa contrattuale specificamente riconducibile in capo ad una delle parti, è in colui che «*rogat*» - afferma Labeone - che si deve individuare il contraente cui addossare il *periculum*. Criterio che, a mio avviso, non è collegato solamente al fatto che egli è il soggetto che ha maggiore interesse evidentemente nell'attuazione dell'assetto

---

<sup>131</sup> V. *retro*, § 8.

<sup>132</sup> D. 19.5.17.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): «*Si margarita tibi aestimata dederò, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum est? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, et dolum et culpam mihi praestes ...*».

<sup>133</sup> Così R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 207.



contrattuale<sup>134</sup>, ma anche al dato che usualmente, nella prospettiva dell'iniziativa negoziale, la parte in questione è quella che sostanzialmente «*legem dicit*» nel negozio<sup>135</sup>, ossia, ferme le vicende del perfezionarsi dell'accordo in quanto tale, detta le condizioni nei termini principalmente da lei voluti.

Il riferimento preciso e ripetuto, da parte di Proculo, alle parole in cui si traduce il tenore della pattuizione intercorsa tra le parti nell'individuazione dell'oggetto della prestazione potrebbe dunque, in via generale, far pensare ad una attenzione di tale genere ai ruoli delle parti ed alle dinamiche, anche di natura economica, tra le stesse.

Tuttavia, d'altra parte, mi pare che non emerga nel passo considerato l'attribuzione da parte di Proculo di un ruolo negoziale dominante a Rutilia; il riferimento ai termini contrattuali viene compiuto dal giurista in modo estremamente oggettivo e non sembra in alcun modo inclinare verso quell'individuazione della donna in qualità di parte che *rogat*, che potrebbe giustificare qui, in analogia con la soluzione labeoniana sul caso delle perle, l'accollo totale a lei del *periculum*.

14. Se, dunque, l'adesione all'ipotesi che il caso abbia ad oggetto una fattispecie di locazione tra privati comporta una difficoltà in relazione all'inquadramento del pensiero di Proculo nelle tendenze giurisprudenziali già note, specie in relazione alla più volte menzionata assenza di qualsivoglia riferimento a rimedi favorevoli alla posizione di Rutilia che, ferma la risposta negativa alla sua richiesta, ne potessero attenuare la perentoria negatività, proprio tale silenzio del giurista su una possibilità di ristabilire in qualche modo gli equilibri contrattuali, eventualmente sospendendo l'obbligazione di Rutilia al pagamento del canone, rappresenta un indizio interessante per una migliore comprensione della fattispecie.

L'unica prospettiva, infatti, in cui mi pare trovi giustificazione il tenore del responso è, anche sotto tale profilo, quella che individua nel soggetto pubblico la controparte della matrona e riconduce il rapporto negoziale nell'alveo delle locazioni di concessione per lo sfruttamento di beni 'pubblici'.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> In tal senso R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 207.

<sup>135</sup> Su cui ancora fondamentale G. TIBILETTI, *Leges dictae*, in *Studi giuridici in memoria di A. Passerini*, Milano, 1955.

<sup>136</sup> Utilizzo per ora quest'ultima categoria in un senso convenzionale, nella consapevolezza della sua problematicità, in particolare in relazione alla qualificazione di determinate *res* (tra cui alcune di quelle qui considerate, ed in particolare il mare, su cui v. *infra*, nt. 71) e di alcuni rapporti, stante il dato, ormai in dottrina acquisito, dell'assenza nel pensiero giuridico romano di quella separazione tra diritto pubblico

Come già ricordato in precedenza, benché le fonti romane siano prodighe di tanto copiose testimonianze circa il regime giuridico del mare e dei fiumi, che è anche difficile venirne a capo, stante la contraddittorietà delle stesse, le stesse fonti non forniscono invece che poche notizie a proposito dei laghi.

Se, come evidenziato, essi potevano essere sia pubblici che (e forse prevalentemente) privati<sup>137</sup>, in prima battuta si sarebbe tentati di credere che, ove ricorresse la prima ipotesi, le acque ferme dovessero rientrare non nel novero delle *res in usu populi*, tra le quali significativamente vengono menzionate le *aquae profluentes*<sup>138</sup>, bensì in quello delle *res in patrimonio populi*, come appunto le miniere, le terre, ecc., suscettibili di essere concesse in sfruttamento ai privati al fine di produrre reddito per il popolo romano.<sup>139</sup> Il riconoscimento di una natura patrimoniale dei laghi, infatti, appare già implicito nel fatto che essi vengano indicati come possibile oggetto di proprietà privata e troverebbe semplicemente conferma nel testo in esame. Su ciò, però, dovrò tornare in seguito, alla luce di alcune altre considerazioni.

Qualora il rapporto negoziale oggetto del testo in esame fosse una concessione in locazione del lago con la sua riva, per lo sfruttamento della pesca e dell'itticoltura, comunque, di una sua possibile regolamentazione si potrebbe verosimilmente trovare qualche traccia nel contesto di operatività di quelle *leges censoriae* già in precedenza

---

e diritto privato che invece connota (ma sempre meno) il diritto contemporaneo. Si veda in proposito, per tutti M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*<sup>2</sup>, Torino, 2011, 62 ss.

<sup>137</sup> V. *retro*, § 8, nt. 111 s.

<sup>138</sup> Nella misura in cui non attiene specificamente al tema del presente lavoro, non menziono per ora il mare (ma ad esso dovremo tornare in seguito, per un aspetto specifico della sua regolamentazione, di cui non potrò non occuparmi), in relazione al cui regime le fonti numerosissime e assai contraddittorie hanno suscitato l'interesse di molti studiosi. Non essendo qui il caso di compiere una rassegna completa, mi limito, però, almeno a rinviare a E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919, P. BONFANTE, *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, in *Archivio Giuridico*, 87 (1922), 1 ss. (poi in ID., *Scritti giuridici vari, IV. Studi generali*, Roma, 1925), J. PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, in *Index*, 21 (1993), 433 ss., M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003, A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano: 'invenzione' di un modello?*, in *L'acqua e il diritto. Atti del convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento 2 febbraio 2001*, a cura di G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese, Trento, 2011, 117 ss.

Sull'idea di «*aqua profluens*», in particolare, si vedano L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, G. LOBRANO, *Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistematica e 'de iure condendo'*, in *Diritto@Storia*, 3 (2004), <http://www.dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Lobrano-Acqua-diritto-Mediterraneo.htm> e F. VALLOCCHIA, «*Aqua publica*» e «*aqua profluens*», in *Diritto@Storia*, 10 (2011-2012), <http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Vallocchia-Aqua-publica-aqua-profluens.htm>.

<sup>139</sup> Si vedano, per tutti, G. GROSSO, *Corso di diritto romano: Le cose*, Torino, 1941, ora in *Rivista di diritto romano*, I, Torino, 2001, 15 ss., <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> e F. SINI, *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, in *Diritto@Storia*, 7 (2008), <http://www.dirittoestoria.it/7/Tradizione-Romana/Sini-Persone-cose-res-communes-omnium.htm>.

menzionate e di cui forse le testimonianze relative allo sfruttamento minerario possono rappresentare il modello più simile a quanto si potrebbe immaginare per la situazione qui considerata.<sup>140</sup>

Tali *leges* potevano stabilire condizioni estremamente rigide, a tal punto che sappiamo dalle fonti essere prevista in proposito (per ottenere mutamenti delle condizioni d'asta, proroghe, revoche) per i privati la possibilità di ricorso al Senato<sup>141</sup>, come attestato ad esempio da Cicerone<sup>142</sup>, Livio<sup>143</sup> e Polibio<sup>144</sup>. I singoli capitolati, poi, potevano certamente introdurre deroghe all'atto dell'offerta, ma sia le *leges censoriae* che tali regolamenti convenzionali specifici fornivano senz'altro un inquadramento del rapporto contrattuale normalmente imposto in modo unilaterale e difficilmente rivedibile, una volta che lo stesso fosse stato pattuito attraverso l'assegnazione mediante l'asta.

In un quadro di tal specie, pertanto, meglio si comprenderebbe la risposta netta data da Proculo alla richiesta di Rutilia, alla quale un eventuale capitolato non avrebbe lasciato spazio per richieste ulteriori o rinegoziazioni.

15. Del resto, nemmeno sul piano processuale, correlativamente, si può ipotizzare che la stessa Rutilia Polla disponesse di uno strumento utile per vedersi riconosciuta, in qualunque forma, una reintegrazione del bene perduto o una *reductio* delle proprie obbligazioni. La natura peculiare della locazione conclusa, che vedrebbe il magistrato locatore in una posizione privilegiata, verosimilmente non lasciava margine per richieste da parte del privato, del quale solo veniva nelle fonti ipotizzata la possibile inadempienza.

Una pretesa come quella avanzata da Rutilia avrebbe potuto infatti trovare spazio in un giudizio tra privati, fondato sulla *bona fides*. Ma in relazione al tipo di circostanza qui ipotizzato, per quanto mi risulta non vi è proprio traccia, nei testi, di casi per i quali si

---

<sup>140</sup> V. § 9, e in particolare bibliografia *sub ntt.* 122 e 124.

*Adde*, in generale sui rapporti tra privati e amministrazione civica S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996 e, in particolare a partire dalla testimonianza della *lex Irnitana*, X. D'ORS, *Las relaciones contractuales con l'administración pública a la luz de las leyes municipales en derecho romano*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione*, cit., 77 ss.

<sup>141</sup> Si veda in proposito, ad esempio, quanto scrive A. TORRENT, *Anulación por el senado de locationes censoriae de vectigalia y ultro tributa en el 184 a.C. (Liv. 39.44.7-8)*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 7(2014), ss.,

<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=308>.

<sup>142</sup> *De prov. consularibus* 5.10-12, in relazione ai pubblicani.

<sup>143</sup> 39.44.7-8.

<sup>144</sup> 6.17.

preveda la necessità di una tutela a favore dei privati nei confronti del soggetto pubblico; mentre vengono, invece, presi in considerazione gli strumenti sanzionatori a disposizione di quest'ultimo per l'inadempimento da parte del privato, come anche quelli a tutela di interessi di terzi coinvolti nei rapporti in questione.

Semmai, comunque, si volesse immaginare in capo alla donna la disponibilità di uno strumento per rivendicare i propri diritti nei confronti dell'*aerarium*<sup>145</sup>, si dovrebbe pensare verosimilmente ad un ricorso al Senato, in analogia con la possibilità appena ricordata di rivolgersi ad esso per rimostranze avverso il tenore delle *leges censoriae*; lo suggeriscono infatti sia le competenze generali di quest'ultimo in proposito, sia le testimonianze già ricordate, che ne attestano il potere di intervento su quanto previsto nelle *leges* magistratuali regolative dei rapporti contrattuali con i privati del genere qui considerato.<sup>146</sup>

In ogni caso in un contesto simile non pare esservi spazio, né sul piano sostanziale, né su quello processuale, per una richiesta come quella avanzata da Rutilia, che appare veramente eccezionale.

Come scrive anche Trisciuglio<sup>147</sup>, però, in relazione al tema - prossimo a quello qui preso in esame - degli appalti di opere pubbliche, da lui trattato, «... ben poco si può dire circa eventuali violazioni contrattuali operate dal contraente pubblico: le fonti, infatti, per quanto mi risulta, non presentano casi in cui i magistrati preposti all'*aerarium* non avessero disposto, in modo giustificato o ingiustificato, il pagamento del prezzo di aggiudicazione. In questo caso, per altro, mi sembra legittimo pensare che l'assenza di testimonianze non sia solamente casuale, ma possa riflettere, quanto meno, una inconfigurabilità dell'inadempimento dovuto a crisi di liquidità delle casse pubbliche: come già abbiamo rilevato, infatti, vigeva nell'età repubblicana un principio di natura contabile, secondo cui i rapporti locativi, che comportassero una spesa pubblica, dovevano instaurarsi «*pecunia praesenti*», cioè con un apposito accantonamento nell'*aerarium* dei fondi necessari per il pagamento dei *conductores*.».

---

<sup>145</sup> Al quale spettava ancora all'epoca di Proculo una competenza sulle *res populi Romani* che verrà attratta in seguito, verosimilmente in età severiana, al fisco. Per tutti in proposito si vedano F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, in *Studi Senesi*, 25 (1908), 4 (ora in ID., *Studi giuridici*, II, Milano, 1939, 3 ss.) ed E. LO CASCIO, '*Patrimonium*', '*ratio privata*', '*res privata*', in *Il 'princeps' e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Bari, 2000, 97 ss.

<sup>146</sup> Si vedano le fonti citate *sub* § 14, nt. 139 ss.

<sup>147</sup> A. TRISCIUGLIO, «*Sarta tecta*», cit., *passim* e 244 ss.

Analogamente, una volta assegnata la concessione, che non può avere ad oggetto beni non nella disponibilità del soggetto pubblico, appare a maggior ragione difficile ipotizzare un'inadempienza da parte di questo stesso rispetto alla messa a disposizione del bene offerto in sfruttamento al privato. Più facile, semmai, ipotizzare turbative del medesimo da parte di altri privati, rispetto alle quali tuttavia soccorrevano differenti strumenti, elettivamente quelli interdittali.<sup>148</sup>

In tal senso, ritengo che la pretesa di Rutilia potesse rappresentare davvero un caso straordinario, se non unico, in relazione all'eccezionalità dell'evento che lo aveva determinato.

È vero che, come ho ricordato innanzi<sup>149</sup>, disponiamo di testimonianze, anche in relazione a tale genere di rapporti, relative alla previsione di accolto a se stesso del *periculum* da parte del concedente pubblico, per il caso di impossibilità del godimento da parte del concessionario *per vim aut incursum hostium*.<sup>150</sup> Ma innanzitutto in

---

<sup>148</sup> Segnatamente l'*interdictum uti possidetis*, menzionato da Paolo (13 *ad Plaut.*, D. 47.10.14) in relazione ad un eventuale «*proprium ius*» sul mare (verosimilmente relativo ai vivai di pesce, come annotava H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, curavit B.J.A De Kanter-van Hettinga Tromp, Annotationes novas ediderunt R. Feenstra et C.E. Persenaire, adiuvante E. Arps-De Wilde, Aalen, 1993 [rist. dell'ed. Lugduni Batavorum, 1939], II, III, x, 1, 209), con una spiegazione interessante in merito al tema qui preso in esame: «*Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica. Ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas.*».

È incerto, a mio parere, se Paolo nel passo appena menzionato volesse fare esplicitamente riferimento con «*utpote cum de iure fruendo agatur*» (parte del testo che, d'altronde, Eisele bollò come giustiniana), affiancandolo a quello appena menzionato, all'interdetto *de loco publico fruendo* (D. 43.9).

La Glossa accursiana ravvisa, in effetti, a commento del passo che immediatamente precede quello in questione, la possibilità che il riferimento all'interdetto possa riguardare sia l'uno che l'altro degli strumenti amministrativi menzionati (Glossa *ad D. 47.10.13.7 interdictum [Ulpianus LVII ad Edictum]*: «*uti possidetis utile secundum Azo(nem). Vel dic de loco publico fruendo. Ut s(upra) de loco publico fruendo in prin(cipio) (D. 43.9.1 pr.) iniuriarum etiam agi potest*»).

Anche a mio avviso certamente la prima, ma in particolare la seconda forma di tutela interdittale citata, creata appositamente in vista di situazioni di locazione di luogo pubblico, poteva venire elettivamente in considerazione in questi casi in genere; e, nello specifico in relazione alla fattispecie qui presa in esame, a maggior ragione, se leggiamo quanto recentemente osservato da P. SANTINI, «*De loco publico fruendo*». *Sulle tracce di un interdetto*, Napoli, 2016, 125 ss., a proposito di una sua applicazione utile relativamente alle *conductiones piscatus*.

Così anche G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, in *Annali Trieste*, 12 (1941), 123.

Si veda anche quanto di recente acutamente osserva, specificamente in relazione ad un'eventuale tutela interdittale in relazione al mare e ai *litora maris*, A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen/Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano, 14-17 giugno 2011)*, a cura di Ch. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi, Trento, 2012, 593 ss., nonché ID., *Acqua e diritto romano*, cit., 144 ss. e già G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, 2001, 49 ss. e 124 ss.

<sup>149</sup> V. § 9.

<sup>150</sup> V. G. NEGRI, *Sulle 'concessioni' minerarie*, cit., 57 ss.

quest'ultimo caso la manleva da parte dell'amministrazione pubblica concerne ipotesi di turbativa violenta (da parte di altri *cives* o nemici), in relazione alle quali quindi si poteva presupporre un potere di controllo, intervento e repressione da parte del soggetto pubblico; mentre diversa è la circostanza che occorre nella fattispecie qui esaminata, connessa ad un evento naturale straordinario, il cui verificarsi nessuno poteva prevedere o impedire.

Inoltre è probabile che clausole espresse come quella sopra menzionata avessero carattere integrativo straordinario, fossero relative a casi specifici e previste in deroga ad uno standard contrattuale che probabilmente nemmeno contemplava usualmente l'ipotesi. In tal senso, se è fondata la ricostruzione qui proposta delle circostanze contrattuali del caso sottoposto a Proculo, dobbiamo immaginare, nel suo silenzio in proposito, che egli si confrontasse con un capitolato, relativo alla concessione di sfruttamento delle risorse ittiche del lago, che nulla prevedeva in proposito.

**16.** Tutto ciò, dunque, darebbe già efficacemente conto della perentorietà della risposta di Proculo e del suo silenzio in relazione ad eventuali possibilità di compensazione del danno subito dalla donna, attraverso riduzioni o sospensioni delle sue obbligazioni.

Ma vi è un ultimo profilo che va considerato, riguardante il problema dell'effettiva disponibilità in capo al locatore di quegli ulteriori dieci piedi che Rutilia chiede.

La misura indicata nel responso (all'incirca tre metri) per quell'esigua striscia di costa accessoria al lago non sembra poter essere casuale e non può non far pensare all'attuale concetto di battigia, ossia quel tratto di spiaggia ove si frangono le onde, parte del demanio dello Stato, la cui fruizione non può essere limitata attualmente<sup>151</sup> nemmeno dall'esistenza di concessioni sulla spiaggia retrostante.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> La regola giuridica, tuttavia, risale al diritto romano: basti leggere le Istituzioni di Giustiniano, ove (2.1.1), riprendendo un'affermazione marcianea (Marc. 3 *inst.*, D. 1.8.2.1), nell'includere i *litora* nel novero dei «*communia omnium*», si conclude «*nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur*». Sul passo di Marciano si veda in particolare A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi*, cit., *passim*.

<sup>152</sup> In Italia ora regolata dalla L. 217/2011 ed individuata nella sua misura dagli enti locali o dalle Capitanerie di Porto; in linea generale, però, e salvo eccezioni essa corrisponde ad una striscia di 3/5 mt. di profondità, sino ad arrivare ad un massimo di 10 mt.

L'origine di questa nozione, invero, esattamente individuata nei termini descritti, può essere rinvenuta nelle fonti romane, che disquisiscono del *litus maris* proprio individuandolo come la porzione di spiaggia sulla quale le onde vanno e vengono.<sup>153</sup>

Così innanzitutto Cicerone, menzionando l'amico Aquilio Gallo – e quindi attraverso lui una nozione sicuramente giuridica – scrive «... *quid esse litus, ita definire, qua fluctus eluderet*». <sup>154</sup>

Lo stesso Cicerone<sup>155</sup>, poi, è richiamato dal giurista Celso (25 *digest.*, D. 50.16.96 pr.) allo scopo di definire il «*litus*»: «*Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium aiunt, cum arbiter esset, primum constituisse.*».

Lo stesso tenore nell'individuazione del concetto di *litus* può ancora essere letto nelle *Institutiones* giustinianee (2.1.3), con una precisazione di ordine naturalistico, relativa al fatto che il flusso massimo delle onde viene registrato durante l'inverno<sup>156</sup>: «*Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*».

---

<sup>153</sup> Si veda, oltre alle fonti di ambito giuridico che si prenderanno in considerazione nel testo, la definizione che ne fornisce Isidoro, nelle sue *Origines*, 14.8.41: «*Litus est terra aquae et mari vicina: et dictum litus quia fluctu eliditur, vel quo aqua adluitur*».

<sup>154</sup> *Topica* 7.32: «*Solebat igitur Aquilius conlega et familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis, quaerentibus eis quos ad id pertinebat, quid esse litus, ita definire, qua fluctus eluderet.*». Sul testo in questione si veda A. TRIGGIANO, «*Conlega et familiaris meus*»: note minime su Cicerone e Aquilio Gallo, in *Index*, 38 (2010), 373 ss.

L'inciso «*quae omnia publica esse vultis*» è significativo, probabilmente, in relazione ad una fase in cui la riflessione sulle categorie in cui potevano articolarsi le *res* non appartenenti a privati era in fermento; e si può ipotizzare anche che la considerazione ciceroniana riportata *Topica* in qualche modo segnasse il tempo di quell'evoluzione del pensiero giuridico in proposito che porterà infine alla elaborazione della categoria marcianea delle *res communes omnium*, specie ove si confronti il suddetto testo dell'*Arpinate* con un passo del *de officiis* (1.16.52), in cui l'oratore fa riferimento a un'idea di *communia*, menzionando l'*aqua profluens*: «... *Ex quo sunt illa communia: non prohibere aqua profluente ... quae sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta. Quare et his utendum est et semper aliquid ad communem utilitatem afferendum*».

<sup>155</sup> Come si può notare, emerge una discrepanza tra la testimonianza di Cicerone (che attribuisce la definizione ad Aquilio Gallo) e la citazione compiuta da Celso (il quale afferma invece che Cicerone sarebbe stato autore della definizione, in occasione di un giudizio in cui rivestiva l'*officium* di *arbiter*); fatto che ha addirittura indotto Théodor Mommsen ad emendare il testo di Celso nell'*Editio maior*, in «*idque Aquilium M. Tullium ait*». Per una considerazione più approfondita circa l'attribuibilità della massima a Cicerone o ad Aquilio Gallo, però, rinvio a C. MASI DORIA, *Litus maris: definition et controverses*, in *Riparia, un patrimoine culturel. La gestion intégrée des bords de l'eau. Proceedings of the Sudbury Workshop April 12-14 2012/Actes de l'atelier Savoirs et pratiques de gestion intégrée des bords de l'eau – Riparia, Sudbury, 12-14 avril 2012*, a cura di E. Hermon e A. Watelet, Oxford, 2014, 236 s.

<sup>156</sup> Do solo conto del fatto che la dottrina si è affaticata sull'interpretazione da darsi al riferimento al *hibernum*, in quanto da alcuni esso è stato considerato come connesso al concetto di *hiems*, inteso come tempesta. Mi sembra che correttamente, però, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, Torino, 1925, 21, nt. 2, leggesse il riferimento all'inverno semplicemente come al periodo in cui si registra un generico livello massimo dei flutti, in quanto di massima il mare può essere in quella stagione più agitato, senza arrivare a pensare a tempeste eccezionali.

Ma la testimonianza in proposito senz'altro più rilevante in questa sede è offerta da un passo di Giavoleno:

D. 50.16.112 (Iav. 11 *ex Cassio*): *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est.*

Si deve supporre che l'iniziale menzione del *litus tout-court* fosse riferibile a quello marino<sup>157</sup>, dal momento che la definizione è conforme alle altre già viste, nel prendere a riferimento il limite massimo dei flutti del mare.

Ma la seconda parte della definizione stessa estende la *verborum significatio* in questione e soprattutto, con l'espressione «*idemque iuris est*», il regime giuridico che ne consegue, alle acque lacustri, ove esse non siano interamente private.<sup>158</sup>

Nemmeno qui posso addentrarmi, se non nella misura strettamente necessaria, nella disquisizione circa il significato da assegnare all'aggettivo<sup>159</sup> «*publicum*» con cui viene individuata la zona costiera in questione: come ho già altrove ricordato, infatti, si tratta di attribuzione estremamente problematica, per la cui discussione approfondita devo limitarmi a rinviare a quanti si sono specificamente occupati del regime giuridico del mare e delle sue coste.<sup>160</sup> Per quanto interessa in questa sede, tuttavia, sarà sufficiente innanzitutto evidenziare che la natura pubblica del litorale menzionata nel testo,

---

<sup>157</sup> In tal senso, in generale, anche N. DE MARCO, *I 'loci publici' dal I al III secolo: le identificazioni dottrinali, il ruolo dell' 'usus', gli strumenti di tutela*, Napoli, 2004, 39.

<sup>158</sup> Precisazione quest'ultima che non fa che confermare quelle ulpianee (v. § 8, nt. 112) già in precedenza menzionate, da cui si deduce come il regime di appartenenza dei laghi potesse essere anche, se non in prevalenza, di natura privatistica.

<sup>159</sup> Mi limito a segnalare che parte della dottrina (per tutti G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose. I. Concetto di cosa - cose extra patrimonium*, Milano, 1945, 73 s.) ha letto «*publicum*», anziché come attributo, come predicato di *litus*, interpretando l'affermazione nel senso che «il lido è pubblico nella misura ...», ossia individuando una striscia di spiaggia che costituisce sempre lido pubblico. Personalmente non sono di questa opinione e ritengo piuttosto che nel frammento si individui espressamente un lido pubblico che, ove vi sia, ha quella certa estensione, lasciando aperta anche la possibilità di ipotizzare l'esistenza di un lido non pubblico, come appunto potrebbe accadere nel caso di un lago.

<sup>160</sup> Si veda la bibliografia già citata *sub* nt. 138. Cui *adde*, specificamente per una panoramica relativa al regime dei *litora maris*, M. PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 4 (1890-91), 219 ss., E. COSTA, *Il mare e le sue rive nel diritto romano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2<sup>a</sup> s., 5 (1916), 337 s., B. BIONDI, *La condizione giuridica del mare e del "litus maris"*, in *Studi Perozzi*, Palermo, 1925, 271 ss. (poi in ID., *Scritti giuridici vari*, III, Milano, 1965, 107 ss.), F. MAROI, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 62 (1919), 149 ss., N. CHARBONNEL – M. MORABITO, *Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 65 (1987), 23 ss., M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di Res publicae*, Torino, 1999 e, più di recente, C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., 233 ss., L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium e litus maris*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, II, a cura di I. Piro, Tricase, 2016, 333 ss., ID., *Aedificatio in litore*, (per gentile concessione dell'A.) in corso di pubblicazione ne *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016.



qualunque sia la specificazione che si voglia ricondurre a tale concetto, si contrappone a quella privata, nella misura in cui il bene in questione viene considerato necessariamente, con le parole di Celso<sup>161</sup>, «*populi Romani esse*», ossia a disposizione dei cittadini; come argomenterò a breve o per l'uso o per lo sfruttamento patrimoniale, ad esempio attraverso il regime delle concessioni.

17. Dunque anche in relazione ai laghi dobbiamo dedurre si identificasse una porzione di riva denominata *litus*, considerato «*publicum*» però - diversamente da quanto avveniva per quello del mare - solo ove il lago non fosse interamente privato; perché, qualora invece lo fosse, sarebbe venuta senz'altro meno, in relazione al lago, la funzione essenziale riconosciuta (con poche eccezioni) ai *litora maris*<sup>162</sup>, ossia quella di garantire la possibilità di accesso ad un bene<sup>163</sup> che era per natura comune «*omnibus hominibus*»<sup>164</sup>.

In proposito, benché una compiuta disamina del significato da ricollegare qui al termine «*publicum*», come appena anticipato, non possa trovare spazio in questa sede, alcune brevi considerazioni, finalizzate ad una riflessione sul caso del lago, sono necessarie.

La connotazione del bene lido del mare come genericamente «pubblico»<sup>165</sup>, infatti, apre la strada al dubbio circa la collocazione di tali beni, in generale, nella categoria delle *res in usu populi*<sup>166</sup> o in quella delle *res in patrimonio populi*.<sup>167</sup>

---

<sup>161</sup> D. 43.8.3 pr. (Cels. 39 dig.): «*Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror: ...*».

<sup>162</sup> A maggior ragione, evito qui di addentrarmi nel tema del regime giuridico delle rive fluviali, che presenta evidentemente elementi di analogia con quanto si sta qui discutendo, ma per il quale mi devo limitare a rinviare, per tutti e solo *ex variis*, ai recenti contributi contenuti in AA. VV., *Riparia dans l'Empire Romain pour la définition du concept. Actes des Journées d'étude de Québec, 29-31 Octobre 2009*, a cura di E. Hermon, Oxford, 2010 e AA. VV., *Riparia, un patrimoine culturel*, cit.

<sup>163</sup> Cfr. D. 1.8.4 pr. (Marc. 3 inst.): «*Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstineatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescipit.*», da cui Inst. 2.1.1.

<sup>164</sup> D. 43.8.3 pr. (Cels. 39 dig.), testo *sub* nt. 94. Si veda anche il già citato D. 1.8.2.1 (Marc. 3 inst.), il cui tenore sottolinea la natura funzionale del concetto di *litora* rispetto al mare e la derivazione della condizione giuridica dei primi come conseguenza («*et per hoc*») di quella del secondo: «*Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*».

<sup>165</sup> Si veda per bibliografia A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi*, cit., *passim*.

<sup>166</sup> Rinvio ancora, *ex variis*, ad A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi*, cit., nonché ad A. DI PORTO, «*Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*», Torino, 2013, per una considerazione storica del rapporto tra questa categoria e quella delle *res communes omnium*.

<sup>167</sup> G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano*, cit., 90 ss. e G. PUGLIESE, «*Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel corso di Gaetano Scherillo sulle cose*», in *Atti del Convegno Gaetano Scherillo*, Milano, 1994, 182 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici [1985-1995]*, Napoli, 2007, 783 ss.).

In proposito, però, sembra particolarmente incisivo, tra gli altri<sup>168</sup>, un passo di Nerazio, ove il giurista – di scuola proculeiana - afferma senza mezzi termini che i *litora publica* (con il che si rafforza l'idea che vi siano anche dei *litora non publica*) non rientrano nelle cose *in patrimonio populi*:

D. 41.1.14 pr. (Ner. 5 membr.): *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt.*<sup>169</sup>

La natura pubblica dei lidi (che, come ho già fatto presente, si deve dedurre, dall'ampliamento esplicitamente compiuto in D. 50.16.112, fossero per antonomasia quelli del mare) sembra, dunque, declinarsi nelle forme delle *res* che, 'per natura', non sono nell'appartenenza di nessuno, nemmeno del *populus* (e quindi non sono, in senso etimologico, *publicae*), ma a disposizione di tutti; al punto che ciascuno può disporne, sino a edificarvi una costruzione, purché questo non impedisca che anche gli altri possano godere dello stesso vantaggio.<sup>170</sup> Posizione questa, che presuppone evidentemente una percezione del bene di cui si discute - non casualmente, infatti, spesso assimilato all'aria - come illimitato e inconsumabile.

Ribadisco che una discussione delle molte accezioni che vengono attribuite, in modo non sempre uniforme<sup>171</sup>, dai giuristi romani al termine «*publicum*», anche solo in

---

<sup>168</sup> Cfr. D. 43.8.4 (Scaev. 5 resp.: «*Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.*»); D. 1.8.10 (Pomp. 6 ex Plaut.: «*Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.*»); D. 1.8.5 (Gai. 2 rer. cott. sive aur.: «*Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent: quae de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.*»); D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 ad ed.: «*... et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi ...*»); D. 39.2.24 pr. (Ulp. 81 ad ed.: «*Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. ...*»).

<sup>169</sup> Sul pensiero in proposito di Nerazio si veda, in particolare, V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e «valori» in L. Nerazio Prisco*, in *Labeo*, 23 (1977), 163 s.

<sup>170</sup> «*... ita tamen ut usui communi non noceretur ...*», annotava H. Grotius, nel suo pamphlet *Mare liberum* (1609), ora in U. GROZIO, *Mare liberum*, a cura di F. Izzo, Napoli, 2007, 63.

<sup>171</sup> Dato magari spiazzante per noi, ma sicuramente corrispondente ad una elaborazione complessa e continuamente *in fieri*, nell'ambito del *ius controversum*, di categorie in perenne evoluzione, sulle quali, ieri come oggi, la discussione non può addivenire che a risultati provvisori e a posizioni anche differenti all'interno della scienza giuridica.

relazione alla categorizzazione delle *res*, richiederebbe uno spazio che non le si può concedere nel presente lavoro.<sup>172</sup> Tuttavia devo richiamare almeno un testo di Pomponio (citante Celso), che, insieme a quello di Nerazio appena menzionato, potrebbe aiutare a fare chiarezza sulla fattispecie del caso che qui si sta esaminando:

D. 18.1.6 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem <prohibitam Mo.> esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.*

L'affermazione di Celso dell'impossibilità di comperare beni la cui alienazione è vietata, viene chiarita attraverso una serie di esempi, tra i quali si menzionano i «*publica*»: quelli che «*non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur*», come il campo Marzio.

La lettura congiunta di questo frammento e di quello precedentemente citato di Nerazio chiarisce bene, mi pare, l'ambivalenza dell'aggettivo «*publicum*» riferito alle *res*: alcune *res publicae* sono *in patrimonio* o *in pecunia populi*, e pertanto possono costituire oggetto di commercio, altre sono *in publico usu*<sup>173</sup> ed incommerciabili.

I *litora publica* appartengono a questa seconda categoria, nella cui area concettuale vengono attratti, secondo quel paradigma funzionalistico ravvisabile come sottotraccia in molte delle fonti romane in materia di cose *in usu publico*<sup>174</sup>, dalla *res* cui sono naturalmente congiunti e giuridicamente legati da un rapporto di accessorietà, cioè il mare, bene costantemente riconosciuto dalle fonti come *communis*.<sup>175</sup>

---

Sulla fluidità della categoria e sulla possibilità, comunque, che all'interno della stessa i medesimi beni potessero venire classificati a volte come *in usu populi Romani*, a volte come *in patrimonio* dello stesso, si veda L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., 348 e nt. 161.

<sup>172</sup> Mi limito perciò a rinviare di nuovo, in particolare sul tema specifico della natura pubblica del mare e dei *litora maris*, alla bibliografia già citata *sub* nt. 160.

<sup>173</sup> Cfr. anche D. 50.16.17 pr. (Ulp. 10 *ad ed.*: «*res quae publicis usibus destinatae sunt*») e *Inst.* 3.19.2 («*res quae usibus populi perpetuo expositae sint*»).

<sup>174</sup> Senza addentrarsi nei criteri che presiedono a questa categorizzazione, mi sembra fondamentale, però, ricordare il merito di F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae*, cit., 4, giustamente evidenziato anche da A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., 151, nel portare ad emersione l'adozione da parte della giurisprudenza romana di un criterio fondamentalmente funzionale, legato allo scopo, accanto a quello oggettivistico, connesso alla titolarità. Tale primo aspetto appare qui particolarmente rilevante, poiché emerge in modo particolare in relazione alla peculiare disciplina dei *litora*, come osservato anche da C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., 239.

<sup>175</sup> V. in tale prospettiva già M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 435.

Vedremo, però, più avanti come le fonti intendano questa idea di incommerciabilità legata all'«*usus*» da parte del popolo, che viene riferita senz'altro alla impossibilità di alienare propriamente il bene<sup>176</sup>, ma non esclude altre forme di concessione di facoltà di utilizzo del bene, che non ne alterano la destinazione all'uso pubblico.<sup>177</sup>

18. Tornando ora ai laghi, per quanto mi consta non vi sono altre testimonianze ad essi specificamente relative, che chiariscano alcunché circa il regime concernente gli stessi e i relativi *litora*.

I dati riguardanti gli specchi lacustri, infatti, vengono forniti dalle fonti prevalentemente per via di assimilazione o differenziazione rispetto al regime del mare e dei fiumi, ben più ampiamente trattati dalla giurisprudenza.

Da un lato, infatti, se ne afferma la possibilità di essere anche in parte o interamente oggetto di proprietà privata, a differenza di quanto avveniva per il mare e per i fiumi<sup>178</sup>, beni sempre pubblici (in relazione ai quali si prevede, semmai, solamente la possibilità eccezionale di esistenza di un «*proprium ius*»<sup>179</sup>, la cui natura non propriamente dominicale, però, è rivelata dalla tutela interdittale che viene ad esso riconnessa<sup>180</sup>).

D'altra parte, la menzionata affermazione di Giavoleno contenuta in D. 50.16.112 sembra estendere il regime riservato al mare, in materia di *litora*, anche ai laghi. Dal che si potrebbe dedurre che:

---

<sup>176</sup> In tal senso va interpretato anche, mi pare, D. 18.1.72.1 (Pap. 10 *quaest.*), ove si afferma che la vendita di un bene pubblico è valida solo «*si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit*», facendo riferimento, con quest'ultima espressione, alle *res in patrimonio populi*, in un'epoca in cui il concetto di fisco era ormai più attuale. Su ciò si veda anche L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., 346, nt. 51.

<sup>177</sup> V. *infra*, § 21 in particolare.

<sup>178</sup> Benché si debba almeno notare come, sotto altri profili, il regime riservato al mare ed ai fiumi potesse differire. Si veda, in proposito, a titolo di esempio, la contrapposizione tra il menzionato D. 41.1.14 pr. (Ner. 5 *membr.*) ed il seguente D. 41.1.15 (Ner. 5 *reg.*), su cui C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., 238 e nt. 37.

<sup>179</sup> V. D. 47.10.14 (Paul. 13 *ad Plaut.*): «*Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica. Ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt non ad publicas.*».

H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, cit., 209 commenta questo passo, scrivendo «... ubi haud dubie de exigua agitur maris portione, quae in fundum privatum admittitur: quod a Lucullo et aliis factum legimus»; è chiaro - l'ho già scritto - che Grotius, come emerge in particolare dalla menzione di Lucullo, pensava specificamente proprio all'uso romano di installare, in mare e nei laghi, allevamenti di pesce attraverso la costruzione di grandi peschiere.

Ma si può pensare anche alle costruzioni sul mare in senso più ampio, ove si metta a confronto il passo in questione con D. 1.8.10 (Pomp. 6 *ad Plaut.*), D. 41.1.14 pr. (Ner. 5 *membr.*), D. 41.1.30.4 (Pomp. 34 *ad Sab.*) e D. 41.1.50 (Pomp. 6 *ex Plaut.*); v. C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., ID., *Aedificatio in litore*, cit.

<sup>180</sup> Di differente avviso era M. PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare*, cit., 215, nt. 16, che leggeva quel *proprium ius* in termini di effettiva proprietà.

- a) anche in relazione ai laghi, che possono essere sia privati sia pubblici, è possibile identificare un *litus publicum*;
- b) esso non sussiste, però, ove il lago sia *totus*, interamente, privato;
- c) dal che si comprende che la *ratio* che presiede all'individuazione di un lido pubblico in relazione al lago è la stessa sottesa alla medesima individuazione in relazione al mare; ossia, nella sopra menzionata prospettiva funzionalistica, consentire, ove anche solo una porzione dello specchio lacustre sia del *populus*, una possibilità di accesso allo stesso. Necessità che per il lago può verificarsi o meno, a differenza di quanto accade per il mare e i fiumi, secondo appunto il regime di appartenenza applicabile al lago in questione;
- d) se il lago è anche solo parzialmente pubblico, e vi accede, di conseguenza, un lido pubblico, il criterio di individuazione della misura del *litus publicum* è il medesimo applicato al *litus maris*, ossia quello del massimo livello dei flutti;
- e) secondo il tenore del frammento, l'analogia proposta da Giavoleno con l'espressione «*idemque iuris est in lacu*» è, a mio avviso, specificamente riferita alla regola stabilita dal diritto per l'identificazione della misura del *litus publicum*, tanto marino quanto lacustre. Ciò, però, non implica che il *ius* in questione corrisponda all'intero regime previsto per i lidi marini e fluviali; in particolare non ritengo che l'aggettivo pubblico, stante la sostanziale differenza evidenziata tra il bene lago, da una parte, e il mare ed i fiumi, dall'altra, si declini necessariamente in uno stesso senso nell'uno e nell'altro caso.

**19.** Possiamo quindi fare ora ritorno al caso specifico del lago Sabatene Angolario, riflettendo su di esso alla luce di quanto sin qui evidenziato e, in particolare, di questi ultimi aspetti emersi dalla riflessione sul passo di D. 50.16.112.

A proposito dell'estensione del *litus*, se relativamente al mare si può immaginare che tale misura, pur differenziandosi da zona a zona, dovesse essere quantificata alla luce del criterio visto, allora come oggi - trattandosi sempre del Mediterraneo –, mediamente in 5 mt. di riva, con una possibile oscillazione in diminuzione fino ai 3 e in aumento fino ai 10, per quanto riguarda i laghi il moto ondoso è più ridotto e proporzionale alla loro dimensione, ma non assente, anche in relazione all'influsso lunare che produce comunque nelle acque interne le maree.

Appare, a questo punto, altamente verosimile, quindi, che i *decem pedes* contemplati nel contratto di Rutilia, corrispondenti a circa tre metri di spiaggia, rappresentassero

esattamente il *litus laci*, dal momento che è all'incirca questa normalmente l'escursione massima dei flutti riscontrabile nei laghi italiani.

La stessa terminologia utilizzata da Proculo nel suo responso per chiarire in quale misura Rutilia possa vantare un diritto sulla striscia costiera, sembra significativa in relazione all'individuazione dei *decem pedes* come *litus laci*. Il giurista infatti utilizza ripetutamente nel frammento lo stesso avverbio «*eatenus*» che in seguito viene usato da Giavoleno (il quale verosimilmente riprende l'affermazione da Cassio) nell'individuazione del criterio di definizione dei *litora (publica)*, ricorrenza che sembra difficilmente poter essere casuale e che fa pensare, viceversa, al comune riferimento ad una *regula* dei *veteres*: verosimilmente quella già menzionata, attribuibile a Cicerone o forse, più precisamente, ad Aquilio Gallo.<sup>181</sup>

Tutto ciò rafforza l'ipotesi che il rapporto contrattuale oggetto del responso proculeiano debba essere identificato in una locazione pubblica, nell'ambito della quale il tratto di terreno in questione ha una stretta natura di pertinenza rispetto allo specchio lacustre, connessa alla normale variabilità della linea di costa; di qui anche la necessità, non solo soggettiva della donna, ma oggettivamente intrinseca al tipo di concessione<sup>182</sup>, di poter disporre, in funzione delle attività connesse alla pesca, anche di accesso al lago e approdo, che l'innalzamento del lago ha fatto evidentemente venire totalmente meno.

La suddetta ricorsività, poi, nell'uso di «*eatenus*» da parte di Proculo e, al medesimo tempo, ipoteticamente nella formulazione della *regula veterum*, potrebbe ulteriormente far pensare che lo stesso capitolato di concessione facesse ricorso in questi termini all'idea di *litus* accessorio, servendosi di una di quelle convenzioni lessicali giuridiche che assurgono anche oggi a veri e propri 'standard' del linguaggio contrattuale, in particolare nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Queste considerazioni, ancora, darebbero conto anche della stessa formulazione della richiesta da parte di Rutilia, che presuppone la convinzione che il locatore abbia nella sua disponibilità quegli ulteriori dieci piedi di costa; cosa dubbia se si fosse trattato di un rapporto tra privati, ma certa se invece ha ad oggetto il *litus* di un lago pubblico, dal

---

<sup>181</sup> V. nt. 155.

<sup>182</sup> È significativo della prospettiva funzionale adottata dai giuristi romani in proposito anche quanto si legge in D. 18.1.51 (Paul. 21 *ad ed.*), in relazione alla natura accessoria dei *litora*, tale che essi non venivano nemmeno computati nel *modum* dell'immobile venduto cui appunto accedessero: «*Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*».

momento che tale bene giuridico non può cessare di esistere, per la funzione che gli è propria di garanzia della libera fruizione di acque pubbliche. Semplicemente, in quanto agganciata al dato naturalistico della linea di costa, si deve supporre che l'identificazione specifica del *litus*, come *res populi Romani*<sup>183</sup>, risulti in questo caso, dal punto di vista topografico, spostata all'indietro dall'evento esondativo di tre metri rispetto al nuovo limitare delle acque, come sembra si possa desumere anche, per analogia, da quanto affermato da Aristone in relazione a ciò che, «occupato» dal mare, diviene pubblico (D. 1.8.10, Pomp. 6 *ex Plaut.*): «*Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.*».

20. L'eventuale natura pubblica riconosciuta ad un lago, tuttavia, differisce necessariamente sotto alcuni profili da quella attribuibile al mare.

È vero, infatti, che i laghi e le sorgive costituiscono la principale fonte di alimentazione degli acquedotti di Roma.<sup>184</sup> E, segnatamente, proprio ai laghi del complesso Sabatino attingono, a Nord, metà dei nove acquedotti che riforniscono la città in epoca imperiale (gli altri si alimentano, a meridione, dai colli Albani).<sup>185</sup>

Questo dato, innanzitutto, dissuade ulteriormente dall'idea di ipotizzare che il lago di Bracciano potesse costituire oggetto di proprietà privata. Già Augusto, infatti, aveva iniziato nel 2 a.C. i lavori di costruzione dell'*Aqua Alsietina*, che attingeva all'omonimo lago (oggi di Martignano) e a quello vicino, appunto, di Bracciano, che costituiscono, con altri minori, un apparato lacustre dalla comune origine geologica di natura vulcanica.<sup>186</sup>

Difficile dunque pensare al lago del caso sottoposto a Proculo come ad un lago privato.

Ma ulteriormente, alla luce dei dati appena esposti, appare ovvio che, ove i laghi in questione fossero pubblici, senz'altro venissero considerati come *res in usu populi*, in

---

<sup>183</sup> Si veda, di nuovo, Celso 39 *dig.*, D. 43.8.3 *pr.*: «*Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror: ...*».

<sup>184</sup> Si veda in proposito, *ex aliis*, A. MALISSARD, *Les Romains et l'eau*, Paris, 1994.

<sup>185</sup> V. P. ARGENZIANO, *Sesto Giulio Frontino curator aquarum e il de aquaeductu urbis Romae*, in *L'acqua e l'architettura. Acquedotti e fontane nel regno di Napoli*, a cura di F. Starace, Lecce, 2002, 45 ss.

<sup>186</sup> Si veda in proposito Frontino, *de aquaed.* 71 e 9.2. Su cui P. ARGENZIANO, *Sesto Giulio Frontino*, cit., 53 e A. LIBERATI SILVERIO, *Aqua Alsietina*, in *Il trionfo dell'acqua. Acqua e acquedotti a Roma IV sec. a.C.-XX sec.*, Roma, 1986, 72 ss.

relazione alla necessità di garantire a tutti i *cives* la possibilità di accesso a tale ordine di beni, come del resto anche testimoniato dal *curator aquarum* Frontino:

Front., *de aquaed.* 94.3-5: *Apud antiquos omnis aqua in usus publicos erogabatur et ita cautum fuit: "Ne quis privatus aliam ducat quam quae ex lacu humum accidit" (haec enim sunt verba eius legis), id est quae ex lacu abundavit; eam nos caducam vocamus. Et haec ipsa non in alium usum quam balnearum aut fullonicarum dabatur, eratque vectigalis statuta mercede quae in publicum penderetur. Ex quo manifestum est quanto potior cura maioribus communium utilitatum quam privatarum voluptatum fuerit, eum etiam ea quae privati ducebant ad usum publicum pertineret.*<sup>187</sup>

Tuttavia proprio le affermazioni di Frontino relative all'assolutezza della riserva all'uso pubblico di tutte le acque dolci, sinanche per quell'acqua detta «*caduca*», ossia quella che si disperdeva nel suolo<sup>188</sup>, chiariscono che questa categoria delle *res in usu populi*, non appropriabili da parte dei privati, non escludeva viceversa una concedibilità a (taluni) privati (gestori di bagni e lavanderie, in questo caso) - per interessi indirettamente pubblici - dello sfruttamento delle acque, contro una «*vectigalis statuta mercede*».

Se questo è quanto accade in epoca repubblicana, durante l'età imperiale si prevede espressamente una complessa trama regolamentativa delle concessioni di sfruttamento delle acque pubbliche, che già aveva trovato origine in alcune competenze dei censori e degli edili, oltre che dei *curatores aquarum*, e che intersecava variamente gli *usus publici*.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> Sul passo si veda F. VALLOCCHIA, 'Aqua publica', cit. e ID., *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di incommodum publicum (a proposito di D. 43.10.1)*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 6 (2013), 1 ss., [http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2013/contributi/2013\\_Contributi\\_Vallocchia.pdf](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2013/contributi/2013_Contributi_Vallocchia.pdf).

<sup>188</sup> Ricordo, per una migliore comprensione dell'affermazione, che i laghi in questione, a causa della loro origine vulcanica, formavano sottoterra un complesso reticolare che comunicava attraverso numerosi cunicoli. La zona, dunque, era prevalentemente paludosa, dal momento che le acque emergevano in superficie in forma di sorgive in diversi punti. Fu solo all'inizio del XIX secolo che si provvide a bonificare la zona (v. P. ARGENZIANO, *Sesto Giulio Frontino*, cit., 62, nt. 47).

<sup>189</sup> Si tratta di una storia assai complessa, che riguarda specialmente l'acqua destinata, appunto, agli usi civici, attraverso gli acquedotti. Vi faccio qui riferimento solo per i menzionati collegamenti con i laghi e gli elementi che se ne possono trarre in relazione alle intricate trame della materia delle *res in usu*



Tale apparente contraddizione, del resto, è già anche rinvenibile, *mutatis mutandis*, proprio in relazione al regime dei *litora maris*, che, come si è visto, sono altresì considerati per eccellenza, in relazione alla loro accessorietà al mare, *res in usu populi*; il che significa, infatti, da un lato che essi non possono essere nel *dominium* di nessuno in via esclusiva, e tuttavia, allo stesso tempo, che chiunque può ‘appropriarsi’ di parte degli stessi edificandovi strutture.<sup>190</sup> Anche in questo caso, dunque, ci troviamo a confronto con una costruzione per noi complessa dello statuto pubblicistico di questi beni, che però può essere ben compresa ove si pensi alla prospettiva in cui i Romani guardavano ai beni in questione come a risorse illimitate ed all’approccio pragmatico e funzionale con cui ne disegnavano le categorie.

Se lo sfruttamento delle acque ‘caduche’, che pure era di natura sottrattiva, poteva essere, benché a determinate condizioni ed in vista dell’*utilitas publica*, concesso a privati, a maggior ragione dobbiamo immaginare che la destinazione all’uso pubblico del lago non venisse percepita come intaccata dall’eventuale concessione di sfruttamento della pesca: tale utilizzo del lago, infatti, non avrebbe nemmeno sottratto acqua alla suddetta destinazione pubblica (principalmente consistente nella fornitura dell’acquedotto) e quindi non sarebbe stato contrario alla *ratio* che presiedeva alla classificazione del lago come *res in usu populi*.

**21.** Si potrebbe obiettare che il fatto di riservare le risorse ittiche ad un privato fosse, però, contrario a tale *ratio* e a quanto le fonti stabiliscono ripetutamente in relazione all’attività di pesca in mare.<sup>191</sup>

Ricorre, infatti, presso i giuristi in modo pressoché uniforme, l’affermazione del divieto di impedire a chicchessia di attingere mediante pesca alla fauna ittica marina,

---

publico, rinviando per approfondimenti, per tutti, a F. VALLOCCHIA, ‘*Aqua publica*’, cit. e ID., *Fulloniche*, cit.

<sup>190</sup> Si vedano ad esempio i già citati passi di D. 43.8.4 (Scaev. 5 *resp.*) e D. 1.8.10 (Pomp. 6 *ex Plaut.*) e la bibliografia già citata *sub* ntt. 138 e 160, in particolare C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., 238 ss., L. D’AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., 353 ss. e ID., *Aedificatio in litore*, cit.

<sup>191</sup> Cfr. D. 1.8.4 pr. (Marc. 3 *inst.*: «*Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstinetur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et capenatis rescripsit.*»), ripreso in *Inst.* 2.1.1, e D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*: «*... et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi ...*»), da porsi a confronto con D. 43.8.2.9, Ulp. 68 *ad ed.*, circa l’alternativa tra l’utilizzazione dell’*actio iniuriarum* o della tutela interdittale contro colui che impedisca la libera pesca; in proposito, v. nt. 148 e A. D. MANFREDINI, *Un’‘iniuria’ che non c’è*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 197).

anch'essa intesa come risorsa illimitata, *communis omnium*, e quindi da tutti appropriabile.

Tuttavia, anche in rapporto a tale aspetto, la situazione del lago appare simile, ma sostanzialmente diversa da quella del mare, sotto plurimi profili.

*In primis* il mare è aperto e, per questo motivo, viene percepito dagli antichi come non finito: per questo illimitate appaiono anche le risorse ittiche in esso contenute, come quelle venatorie sulla terraferma.<sup>192</sup> Mentre il lago (e a maggior ragione quelli laziali, di modeste dimensioni) è circoscritto e, pertanto, la quantità dei pesci che ospita risulta limitata. Come si è visto, quello della disponibilità illimitata è uno degli elementi decisivi sottostanti allo statuto delle *res in usu publico* come il mare.

In secondo luogo la concessione del diritto di pesca poteva riferirsi non alla pesca in senso proprio, bensì all'allevamento di pesci in apposite vasche costruite all'interno del lago. Attività praticata abitualmente dai Romani anche in mare<sup>193</sup>, ma che, soprattutto, è attestata dalle risultanze archeologiche, per un'epoca corrispondente a quella cui si riferisce il responso di Proculo, nel lago di Bracciano, ossia il *lacum Sabatenem*.<sup>194</sup>

Ove dunque la concessione riguardasse, come credo, questo genere di attività alieutica, ci troveremmo in una situazione in cui, a maggior ragione, anche ove si volesse considerare applicabile anche ai laghi il principio «*non posse quem piscari prohiberi*» valido per il mare, la locazione pubblica di una tale possibilità di sfruttamento non andrebbe contro le logiche della disponibilità *in usu populi* del bene, la cui fruibilità pubblica non sarebbe diminuita.

---

<sup>192</sup> Il principio viene infatti rafforzato, nello stesso passo, mediante la similitudine con la caccia («... *sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. ...*»), come notavano già M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 416 e nt. 17 e L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., 341. Ritroviamo tale assimilazione, del resto, anche in D. 41.1.14 pr. (Ner. 5 membr.): «... *nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum ...*», ove si fa riferimento alle cose «*quae primum a natura prodita sunt*».

<sup>193</sup> V. *retro*, nt. 179. Rinvio, *ex variis*, e solo allo scopo di dare un'idea dell'importanza di tale attività commerciale a Roma, alle testimonianze di Columella, *Rust.* 8.16.5, a proposito della vendita di Catone delle *piscinae* di Lucullo (per 400.000 sesterzi), di Varrone, *Rust.* 3.3.10 e 3.17.3, che con Plin., *Nat. hist.* 9.171, narra del dono di 6.000 murene, allevate nelle sue vasche, da parte di C. Hirrius a Cesare per il suo banchetto trionfale come dittatore, e infine di Plut., *Cat. Mai.* 21.5, secondo cui lo stesso Catone il Censore si sarebbe dedicato, in età avanzata, all'attività dell'allevamento di pesce, assai più remunerativa dell'agricoltura.

Per approfondimenti, v. J.A. HIGGINBOTHAM, *Piscinae. Artificial Fishponds in Roman Italy*, Chapel Hill-London, 1997 e A. MARZANO, *Roman Villas in Central Italy. A Social and Economic History*, Leiden-Boston, 2007, 47 ss.

<sup>194</sup> Rinvio, in proposito, a quanto da me riferito in proposito in *Ermeneutica contrattuale*, cit., 215 ss.

Del resto, va detto anche che la fluidità dell'applicazione di tale *ratio* in relazione allo stesso mare si evidenzia non solo nella variabilità delle posizioni in proposito adottate nelle fonti, cui ho già accennato, ma anche attraverso testimonianze, di cui disponiamo, relative all'esistenza di concessioni di pesca anche marittima.

Senza addentrarsi nel tema, infatti, si veda ad esempio l'attestazione che pare in proposito contenuta nella *Tabula Deae Hlundanae Sacra*, ritrovata sulle coste della Frisia.<sup>195</sup>

La dottrina, del resto, è concorde nel ritenere che la possibilità di rilasciare concessioni su beni *in usu populi* non fosse contraria, bensì conforme allo stesso; sia perché esse non riguardavano il bene nella sua interezza, ma solo la facoltà di farne un uso specifico, sia in quanto si realizzava pienamente, attraverso le stesse, l'interesse della collettività, senza che il bene le venisse sottratto.<sup>196</sup> Contardo Ferrini<sup>197</sup> giunge a delineare le *conductiones* come quella della *Tabula* innanzi citata come «forme di imposta», conformemente, del resto, a quanto sembra attestare Frontino in relazione alla «*vectigalis statuta mercede*» richiesta ai *balneares* ed ai *fullones*.

D'altra parte, si consideri anche come lo stesso Ulpiano, nel medesimo lungo paragrafo del frammento in cui prende in esame le possibili forme di tutela contro chi pretenda di proibire ad altri la pesca<sup>198</sup>, faccia espresso riferimento a possibili concessioni pubbliche relative al medesimo diritto, per le quali addita in un interdetto lo strumento di tutela specifico: «... *conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. ...*».<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> Iscrizione di Beegum, *CIL* xiii: 8830: «*Deae Hlundanae / conductores / piscatus Mancipi / Q. Valerio Secu[†] / †ndo V[otum] S[olverunt] L[ibentes] M[erito] [†]*».

Di essa si è occupato, per primo, TH. MOMMSEN, *Sopra una iscrizione scoperta in Frisia*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 2 (1889), 129 ss. e, di recente, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 471, nt. 84, che avanza anche il dubbio, però, nel silenzio dell'iscrizione in proposito, che la concessione potesse non riguardare il mare, ma acque interne.

<sup>196</sup> Così ad esempio E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, cit., 107, B. BIONDI, *La condizione giuridica del mare*, cit., 5 ss., G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano*, cit., 76.

<sup>197</sup> C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, 266 s.

<sup>198</sup> D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*), su cui si veda anche M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, 108 e nt. 446.

<sup>199</sup> A mio avviso l'affermazione qui riportata era senz'altro riferita al diritto di pesca, oggetto principale dell'intero paragrafo della lunga trattazione ulpianea, che principia «*Si quis me prohibeat in mari piscari ...*»; e l'interdetto menzionato era – penso – quello «*de loco publico fruendo*» (D. 43.9): coincidono infatti il richiamo della *conductio* e dell'elemento pubblicistico, tant'è vero che MommSEN, infatti, annotava la frase in questione, integrando «*hoc] locum*».

Se, dunque, questo passo testimonia indubbiamente della pratica delle concessioni pubbliche in locazione del diritto di pesca anche nel mare, da ultimo non si può trascurare il fatto che la stessa fonte ribadisce la differenza sostanziale introdotta, in relazione ai laghi, dalla possibilità che questi costituiscano oggetto di proprietà privata.

Ulpiano, infatti, nel seguito sempre dello stesso frammento, chiosa «*in lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum.*».

Questa affermazione, che in sé si limita a specificare quanto è ovvio, ossia che ove il lago sia privato viene meno il divieto di proibizione della pesca (che varrebbe sempre, invece, in generale in mare), in effetti con ciò adombra la differenza sostanziale esistente tra mare e lago; la possibilità di quest'ultimo di essere privato, infatti, ne denota, come ho già in precedenza evidenziato, un carattere potenzialmente patrimoniale che fa vacillare l'assolutezza della *ratio* dominante ogni considerazione sulla natura pubblica del mare.

**22.** Considerato tutto ciò, possiamo concludere tornando un'ultima volta al frammento di Proculo da cui abbiamo preso le mosse, per alcune considerazioni finali.

A fronte di una fattispecie peculiare, l'autorevole giurista fornisce una risposta assoluta e negativa alla richiesta di colei che pone la *quaestio*, circa la sua possibilità di ottenere la disponibilità di ulteriori tre metri di litorale, rispetto alla nuova linea di costa generata dall'accrescimento delle acque del lago. Tale *sententia*, spiazzante sotto plurimi profili se la si immagina riferita ad un contratto tra privati, sembra fondarsi, invece, e trovare un adeguato contesto giustificativo nella prospettiva di un rapporto di concessione ad un privato del diritto di sfruttamento di una risorsa pubblica, ossia la fauna ittica del lago.

Rispetto alla richiesta avanzata dall'imprenditrice, chiaramente fondata sul dato, anche giuridico, della stretta interconnessione tra la concessione del lago stesso e quella del lido pertinente, il responso sembra introdurre e prendere a fondamento un ulteriore

---

Devo dare conto, però, del fatto che sia G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano*, cit., 81, che G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., 124 e S. SOLAZZI, *Usus proprius*, in *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 7 (1941), 373 ss. (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, 4, Napoli, 1963, 215) hanno interpretato, in questo passo, il richiamo della tutela interdittale come relativo all'*uti possidetis* concesso a tutela di *aedificatio in litore*; da un lato in considerazione del tenore in tal senso del frammento di Paolo che i compilatori hanno voluto in successione a quello di cui si discute (D. 47.10.14, Paul. 13 *ad Plaut.*; v. nt. 112 per il testo), dall'altro legando l'affermazione in questione non al contesto generale dell'*excerptum*, ma all'ultima frase che la precede «... *aut si quis re mea uti me non permittat*:». Come ho appena scritto, tuttavia, resto di differente avviso, benché l'estensione del presente lavoro non mi consenta di argomentarlo in modo più approfondito (ma si veda anche *retro*, *sub* nt. 148).

elemento, rappresentato dalla rigidità di un capitolato di concessione pubblica, come quello cui doveva avere aderito Rutilia, ove si individuava mediante un linguaggio specifico, forse standardizzato, il bene quale esso era al tempo della concessione stessa.

Il silenzio di Proculo in merito a qualunque giustificazione del responso fornito o, fermo il contenuto sostanziale del medesimo, ad eventuali possibilità di temperamento del suo rigore, sembra, pur nel contesto di una scienza giurisprudenziale spesso apofatica, che fonda le sue soluzioni sull'*auctoritas* che la connota, correlarsi ad una circostanza in cui non vi è ulteriore spazio per un'interpretazione funzionale all'*aequitas*.

Circostanza sostanziale, in riferimento, appunto, ad un provvedimento amministrativo di concessione unilateralmente definito, ed anche, correlativamente, circostanza processuale in cui non si profilano le possibilità di contemperamento *ex fide bona* degli interessi in gioco e di conservazione della causa sinallagmatica come accadrebbe in una locazione tra privati.

Evidentemente in assenza di una esplicita previsione in proposito, il tema del *periculum* sembra addirittura non trovare alcuno spazio - se non sottinteso dall'analogia, per altri versi, del paradigma del rapporto giuridico in esame con quello di natura privatistica - in relazione alla fattispecie considerata; o meglio, esso si presenta come un 'non-tema', stante la soluzione univoca che esige, dal momento che appare totalmente assorbito dalla natura del rapporto contrattuale e dai ruoli in esso rivestiti dalle parti. Il criterio ermeneutico qui adottato - che certo risente della riflessione sul tema dell'interpretazione del contratto di ambito più squisitamente privatistico, in particolare nella prospettiva della rilevanza del *tempus contractus* - appare tuttavia principalmente legato ad una lettura formalistica del tenore letterale del contratto stesso proprio in relazione al contesto di riferimento, che avrebbe potuto dar luogo solo, eventualmente, alla negoziazione di un nuovo rapporto.

L'esito è una soluzione casistica che, come si è visto, racchiude, a guisa di prisma, molto della visione giuridica antica circa la natura delle cose e dei rapporti con esse, che noi definiremmo di natura amministrativa, tra il soggetto pubblico, considerato in una prospettiva non istituzionale, e quello privato. Nel restituire tale soluzione, il giurista romano sembra disinvoltamente muoversi, mischiando (qui è proprio il caso di dirlo) le

acque, tra il piano considerato privatistico della «macro-ratio»<sup>200</sup> della tutela in un contesto imprenditoriale dell'affidamento sulla serietà del vincolo contrattuale, come strumento idoneo alla programmazione e alla realizzazione dell'attività economica, e l'opportunità di contemperare (ed eventualmente sacrificare) l'interesse individuale con esigenze imposte da categorie concettuali riferibili ad una dimensione giuridica 'pubblica' che si declina in molti differenti modi.

Lezione storica che, pur non priva di interesse puramente culturale in termini di archeologia sociale, può e deve essere innanzitutto considerata come strumento dalla valenza precipuamente tecnica, al servizio di una più consapevole lettura del presente, e come contributo ad una auspicabile emancipazione, tanto della dottrina civilistica quanto di quella amministrativistica, dalla «mitologia giuridica» contemporanea.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 1044.

<sup>201</sup> S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008.

# INTERPRETACIÓN Y EQUIDAD: DE LA AEQUITAS MEDIEVAL A LA EPIKEIA ALTOMODERNA

CLARA ÁLVAREZ ALONSO<sup>202</sup>

Profesora Titular de Historia del Derecho de la UAM

**SUMARIO.** Cuestiones previas. I. Interpretación en el ius commune medieval. 1. verba-intentio; mens-ratio. 2. Quod sit interpretatio. Clases. 3. Reglas de la interpretatio. El ordo interpretatione iuris. 4. Aequitas, justo natural y justo legal. 5. Aequitas naturalis y aequitas civilis II. La Segunda Escolástica 1. La relación interpretación-equidad en Suárez: la epikeia como correctivo de lo injusto. 2. Lo equo y lo injusto. El doble justo y la interpretación de la lex 3. Vázquez de Menchaca y la relatividad de la epikeia-aequitas como principio interpretativo o la primacía de la voluntad 4. El intérprete y el negocio jurídico. Consentimiento y tiempo en la nueva época. 5. Excepciones a la epikeia. Lex y negotia.

## *Cuestiones previas*

Tal y como expone A. Aarnio<sup>203</sup>, en Derecho, a diferencia de las creaciones literarias, la imprecisión semántica no sólo carece de fin estético sino que, bien al contrario, genera lagunas cuyas causas son bien conocidas. Se producen, en efecto, como consecuencia de la asunción generalizada desde su misma aparición de la imposibilidad de responder a cuestiones futuras. Por esta razón, el jurista finés no vacila en equiparar la laguna jurídica con la noción de ambigüedad semántica elaborada por Iser, el gran analista del diálogo del lector con un texto. Un diálogo en la que aquel, el

---

<sup>202</sup> clara.alvarez@uam.es

<sup>203</sup> Aulis AARNIO, “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 1987, pp 109ss

lector, realiza una interpretación subjetiva cuando el texto guarda silencio acerca de cuestiones que sólo el lector se plantea<sup>204</sup>.

Aarnio reconoce que, de esta manera, se lleva a cabo una “reconstrucción”, pero, asimismo, se produce una pluralidad de interpretaciones que pueden aproximarse, pero también alejarse, del sentido original del texto. Es entonces cuando se impone la presencia de “eruditos” o expertos que determinan la corrección o incorrección de las lecturas. Un hecho éste que, sin embargo, no resuelve el problema básico de la exclusividad interpretativa.

En términos generales, esta visión es perfectamente aplicable al terreno jurídico donde la ambigüedad semántica –esto es, las lagunas que presenta el ordenamiento- son connaturales al sistema y las soluciones –esto es, las interpretaciones- pueden llegar a componer un rompecabezas. Un rompecabezas que, en cierto modo, cuestiona el propio concepto de Derecho por la presencia de diversas alternativas y se exaspera todavía más cuando ninguna de ellas es convincente<sup>205</sup>.

Aun así, se trata de un panorama congenial al derecho, perfectamente identificado desde la aparición del *ars* o *scientia iuris* con el Derecho Romano, cuyos cultivadores, además, advirtieron a la posteridad –es conveniente tenerlo presente- de los riesgos que acarreaban las definiciones en el *ius ciuile* a través de una innumerables veces citada *regula iuris*<sup>206</sup>. Su manifestación más palmaria es la aludida ambigüedad semántica, que ningún sistema jurídico pretende.

La Historia del Derecho nos recuerda constantemente como, a lo largo del tiempo, el discurso jurídico doctrinal y judicial es consustancial a la producción normativa, incluso en los sistemas jurídicos más legalistas como el predominante desde la Ilustración. También en éstos la respuesta no se distancia de aquellos sistemas en los que la jurisprudencia doctrinal y judicial eran, por así decir, emblemáticas –en especial el *Ius Commune*, al que ambas fueron consustanciales, fundamentalmente durante la Baja Edad Media-. En todos ellos se contemplan como soluciones plausibles, además de la propia y unánimemente reconocida del *conditor legis* (que es la interpretación por

---

<sup>204</sup> Wolfgang Iser, *The range of interpretation*. New York, 2001 (*Rutas de la interpretación*. México, F.C.E, 2005). Iser denomina a estas lagunas “espacios en blanco”.

<sup>205</sup> AARNIO, *Sobre la ambigüedad*, p. 109 y 111-112.

<sup>206</sup> Me refiero naturalmente a D. 50, 17, 202 y la sentencia de Javoleno “omnes definitio in iure civil periculosa est, *parum est enim, ut non subvertii possit*, cuestión esta que más preocupaba a los tratadistas del periodo al que aquí se presta atención.



excelencia), el principio de autoridad y la opinión común, partiendo siempre de la base de que, en tales casos, surgían de, y se dirigían a, un auditorio especializado. Es decir, a una comunidad de expertos que dominan, o al menos se desenvuelven con comodidad, en el universo de los *arcana iuris*.

Desde este punto de partida, y teniendo en cuenta el carácter electivo y selectivo de cualquier interpretación, y en particular la jurídica, en el ámbito de la cultura jurídica occidental la primera y una de las principales cuestiones que se plantean es la relativa a los criterios hermenéuticos que pueden conducir a la adopción de la solución final. Tradicionalmente se han señalado como puntos de referencia los aspectos semánticos y la racionalidad los cuales, al menos en un cierto sentido, pueden, *mutatis mutandis*, encontrar un paralelismo en el lenguaje de la *validez* y *efectividad* aplicado a las propias normas.

Los primeros, como es obvio, tienen su base en el lenguaje propio del discurso jurídico. Un lenguaje técnico-formal, de difícil acceso por sus características a los no iniciados en todas las etapas históricas –con la probable excepción de la alta Edad Media-, durante las cuales los expertos encontraron salida recurriendo a los instrumentos a su alcance. Desde la retórica de los juristas de la Edad de Oro romana – modelo que se ha reivindicado como una posibilidad para la construcción del discurso jurídico actual<sup>207</sup> - hasta la *semiótica discursiva*, uno de cuyos campos o ramas más representativas lo conforma el terreno jurídico, precisamente. Sobre todo porque, como exponen sus defensores, supone una vía de superación de los problemas semánticos que plantea la “definición especulativa” –esto es, la “asignación por decisión propia del hablante o emisor de un cierto, específico y concreto significado a cierta palabra o frase con independencia de otros significados que la misma palabra pueda tener en el uso general o en otros niveles discursivos”<sup>208</sup> - característica del derecho.

---

<sup>207</sup> Miklós KÖNCZÖL, “What There is Left and How It Works: Ancient Rhetoric and the Semiotics of Law”, en *Int J Semiot Law*, n. 22, 2009, pp 399-410, *passim*. Vid. también, entre otros, David J. BEDERMAN, *Classical Canons: Rhetoric, Classicism and Treaty Interpretation*. Ashgate, Surrey, 2001; Victoria ITURRALDE SESMA, *Interpretación y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*. Madrid, Marcial Pons, 2014; Bernard JACKSON, *Semiotics and Legal Theory*. London, Routledge and Kegan Paul, 1985 y las interesantes aportaciones recogidas en Anne WAGNER and Sophie CACCIAGUIDE-FAHY (ed.), *Obscurity and Clarity in the Law*. Ashgate, 2008.

<sup>208</sup> Gerardo CAFFERA y Andrés MARINÑO, “Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil”, en KÖNCZO, vol. 81, n. 1-6, 1995, pp 117ss, p. 119.

En este sentido, la *semiótica discursiva* es particularmente eficaz para quienes defienden que, en Derecho, una definición depende al mismo tiempo de un tema o asunto (*quaestio*) y un *topos* o fuente de argumentación<sup>209</sup>. En otras palabras: se trata de una relación entre la aplicación de la norma y el pensamiento jurídico mediante un proceso argumentativo. Para algunos autores esto (en la medida que complementa la “noción común”, esto es, la decisión de “atribuir un significado a un acto jurídico”<sup>210</sup>) es, exactamente, la interpretación. O lo que es lo mismo, el “vocablo multiuso”<sup>211</sup> por excelencia del Derecho, a su vez concebido como “lenguaje de las conductas debidas que se expresan mediante enunciados lingüísticos”<sup>212</sup>. De ahí la estructura del proceso en dos fases: una primera que reside en descubrir el significado de las normas y una segunda, consistente en justificar el mismo. Contemplada de esta manera, la interpretación jurídica se convierte en un procedimiento cognoscitivo-reconstructivo que busca “la unidad del Derecho”<sup>213</sup>.

Y, también de este modo, entronca con el segundo de los elementos aludidos con anterioridad, la racionalidad. Ahora bien, la racionalidad nos pone inmediatamente en contacto con la contextualización, es decir, con las características histórico-culturales de la época correspondiente a cada sistema jurídico. Se trata, por lo demás, de una percepción defendida en los medios más implicados, respaldada por los propios juristas en todas las épocas. En lo que nos afecta más directamente, la racionalidad es constantemente invocada como ponen de manifiesto los elocuentes testimonios de Savigny o Alexy<sup>214</sup>, por citar únicamente dos autoridades relevantes en diferentes

<sup>209</sup> KÖNCZÖL, *What There is*, p. 408

<sup>210</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*. Padova, Cedam, 2012 (2ª), p.1. El jurista admite asimismo el “sentido restrictivo entendido “interpretación de los documentos jurídicos”, p. 2. Pero vid passim en particular para lo que aquí interesa, la “introduzione”. Sobre interpretación jurídica, un tema estrella sobre todo entre filósofos del Derecho, la literatura es abundantísima, pero pueden avanzarse -y sólo como referencias en modo alguno exclusivas- el clásico de G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*. Milano, 1980 y, más recientemente entre nosotros, A. AARNIO, M. TIENZAA y F. LAPORTA, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid, Fundación coloquio jurídico europeo, 2010; Riccardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Mexico UNAM, 1999

<sup>211</sup> R. GUASTINI, *Interpretare ed argomentare*. Milano, Giuffrè, 2011, pp 3ss

<sup>212</sup> Carla HUERTA, “La argumentación en el discurso jurídico”, en *Confluencias*, vol, 12 n. 1, octubre 2012, pp 238ss, p.. 238

<sup>213</sup> *Ibi*, p. 246

<sup>214</sup> En, p. e., Friedrich Karl von SAVIGNY, *Metodología jurídica*. Buenos Aires, Depalma, 1994 y Robert ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid CEC, 1997.

momentos históricos de nuestro sistema, si bien, como es obvio, no sólo los criterios sino incluso la percepción son variables en las diferentes etapas<sup>215</sup>.

Las diferencias, en efecto, afectan en primer lugar a los aspectos relativos a sujetos (productor e intérprete). Para Savigny si el primero era sólo el legislador soberano, el intérprete, en coherencia, se limita a ser un exegeta ya que la interpretación no es más que “la reconstrucción de la idea expresada en la ley en cuanto es cognoscible a través de la ley”<sup>216</sup>. En este sentido, es obvio que el principio de legalidad, la legitimación acerca de la producción del derecho y la sustitución de verdad por certeza que introdujo la Ilustración, condicionan en un sentido muy específico el propio concepto de “racionalidad” y la diferencian sensiblemente de la concepción de la misma en las épocas que aquí interesan. Esta constatación, no obstante, no afecta a un aspecto esencial de la interpretación en todos los tiempos históricos: la estimación de la misma como una toma de postura del intérprete ante la norma. En todo caso, lo expresado en los párrafos anteriores hacen alusión a elementos a tener en cuenta y justifican, a mi parecer, estas consideraciones previas al análisis del objeto enunciado en el título de este trabajo.

## **I. Interpretación en el *ius commune* medieval**

### **1. *verba-intentio; mens-ratio***

Por su propia naturaleza de “Derecho de juristas” y por desarrollarse en el periodo de la formidable especulación acerca de los universales con la emergencia del nominalismo, realismo y conceptualismo, el Derecho Común es la quintaesencia del, por así decir, “reino de la interpretación” jurídica. De ello dan fe tanto glosadores como, si cabe en mayor medida, la escuela de Orleans y, sobre todo, la del Comentario, surgidas y desarrolladas en el grandioso marco de la primera Escolástica.

La *interpretatio*, en efecto, se convirtió en el instrumento congenial al trabajo de un recocado estamento de técnicos en derecho que debían confrontar y responder a las necesidades e intereses de una sociedad renovada. Una sociedad que había cambiado sus fundamentos estructurales en lo social, político y económico, cierto, pero sin alterar los principios y valores que hundían sus raíces en una antropología de raigambre

---

<sup>215</sup> Con relación al tema de la racionalidad, su consideración como principio instrumental y su participación en la relación intención-fines, me parece particularmente interesante la posición de Joseph RAZ, *From Normativity to Responsibility*. Oxford U. P. 2011, en particular pp 160 y 165ss. Vid también pp 20 y ss.

<sup>216</sup> SAVIGNY, *Metodología*, p. 13

cristiana. Completamente ajena al principio de soberanía encontraba, en consecuencia, su signo de identidad en una pluralidad de productores de Derecho. Y ahí, exactamente, es donde los juristas desarrollaron su labor, probablemente más importante, consiste en armonizar tales derechos y articular un marco jurídico que diera cabida, además, a los *nova negotia*. Y lo hicieron respetando las facultades de todas y cada una de las diversas entidades titulares del “ius dicere” a partir de los dos *Corpora* –el civil y el canónico– que representaban, a su vez, el *corpus* y el *anima* de una producción doctrinal vocacional y simultáneamente culta y práctica.

Pero *¿quod sit interpretatio?* Antes de responder a este interrogante, los juristas se detenían en otras cuestiones que consideraban esenciales y previas para elaborar una respuesta adecuada. Y a este respecto, es conveniente añadir que, fieles a la *regula iuris* mencionada con anterioridad, rechazaron, en la medida de lo posible, adelantar definiciones y, en su lugar, optaron por aportar nociones extensas y más bien descriptivas. Además, siguiendo el método escolástico deductivo, lo usual era comenzar por la identificación del marco general cuyo inicio lo marcaba la fijación de categorías básicas. Es, por así decir, un proceso cognoscitivo similar al que Ingarden describe para la comprensión –entendida como “experiencia pasiva y receptiva en que nosotros, como comunidades literarias, nos familiarizamos con la obra y así la “llegamos a conocer” en algún grado”<sup>217</sup>– de la producción literaria. Una operación que para el filósofo polaco requiere como paso inicial la estructuración del objeto de comprensión – en este caso, el texto jurídico– y, en segundo lugar, seleccionar el procedimiento que puede conducir al entendimiento del propio texto, estableciéndose así una suerte de “comercio intelectual” del intérprete con el objeto que, naturalmente, requiere un cierto conocimiento anterior del mismo<sup>218</sup>.

En mi opinión, este es el, por así decir, “modo” seguido por los juristas del *Ius Commune*<sup>219</sup>: determinar el objeto y comprenderlo en su significación. Su itinerario es

---

<sup>217</sup> Roman INGARDEN, *La comprensión en la obra de arte literaria*.. Mexico, UIB, 2005, p, 18

<sup>218</sup> Ibi, p. 18

<sup>219</sup> Para una aproximación, en modo alguno exhaustiva, a este tema entre los juristas del *Ius commune* vid los clásicos: U. NICOLINI, *Il principio de legalità nelle democrazie italiani. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*. Padova, Cedam, 1955, V. PIANO-MORTARI, *Dogmatica e interpretazione.. I giuristi medievali*. Napoli, Jovene, 1976 ( en especial “Il problema dell’interpretatio iuris” nei *Commentatori* (1958)”; del mismo, *Diritto, Logica Metodo nel secolo XVI*. Napoli., Jovene; M. SBRICOLI, “Politique et interpretation dans les villes italiennes du Moyen Âge” en *Archives de Philosophie du Droit*, 17, 1972; del mismo, *L’Interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell’età comunale*. Milano, Giuffrè, 1979. Entre los más recientes, V. CRESCENZI, “Linguaggio scientifico e terminologia giuridica nei Glossatori bolognesi: “interpretari”

fácilmente discernible: comienza siempre por visiones extensas -señalar *qué* es y que *entienden* por derecho (he ahí los archiconocidos tratados *De Iustitia et iure*)- y, a partir de aquí, continuar con un proceso deductivo cuya finalidad pragmática es incuestionable. Testimonios elocuentes los aportan no sólo las obras doctrinales, incluidas las más representativas, sino, de una manera si cabe más elocuente, aquellos *Tractatus* aparecidos a finales de la Edad Media dedicados específicamente a “De iuris interpretatione”.

He seleccionado para la ocasión el conocido de Constatio Rogerio<sup>220</sup>. Impreso a mediados del siglo XVI, conforma un punto inflexión y, al mismo tiempo, de coordinación entre las dos etapas a que se refiere el título de este trabajo. Fundamentalmente, porque viene a ser un compendio de las aportaciones anteriores que sirvieron de guía a todos los agentes jurídicos y políticos de su época. Y es conveniente no perder de vista que durante el periodo, al igual que en el posterior, están vigentes las nociones de Derecho y, sobre todo, *Lex* –tanto *scripta* como *non scripta* (costumbre)- elaboradas por Isidoro de Sevilla en sus *Etimologías*<sup>221</sup> posteriormente respaldadas por Tomás de Aquino y, en términos generales, por la Segunda Escolástica. Los requisitos básicos de respeto a las costumbres y adecuación a las circunstancias de tiempo y lugar, entre otras, se combinan con el fundamento de la misma: la razón, que viene a conformar, como veremos, el espíritu de la *lex scripta* y de la costumbre. Pero para su validez se requerían otras exigencias porque, como expresa con contundencia el obispo sevillano, sólo “será ley todo lo que está fundado en ella (la razón) con tal de que esté de acuerdo con la religión, convenga a la doctrina y aproveche para la salvación”<sup>222</sup>. La legitimación, es claro, se encuentra únicamente en los principios de la antropológica

---

“interpretatio””, en O. WEIJERS (ed.), *Vocabulaire des écoles et des méthodes d’enseignement au Moyen Âge*, Turnhout, Brepols, 1992, pp 111ss, Del mismo, ““Problemi dell’”interpretatio” nel sistema del Diritto Comune classico”, en A. IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El Dret Comú i Catalunya. Actes del II Simposi Internacional*. Barcelona, Fundació Noguera, 1992, pp 167ss, A. D’Ors y A. GUZMÁN BRITO, “la letra mata el espíritu vivifica”, en *Parerga Histórica*. Pamplona, Eunsia, 1997, pp 41ss; A. GUZMÁN BRITO, *Codificación del Derecho Civil e interpretación de las leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales Códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*. Madrid, Iustel, 2011, en especial ep. 3, pp 43-92

<sup>220</sup> *Tractatus de iuris interpretatione*, Constatio ROGERIO autore. Lugduni, 1549

<sup>221</sup> “La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara –no vaya a ser que por su oscuridad induzca a error- no dictada para beneficio particular sino en provecho del bien común de los ciudadanos”. *Etimologías*, II, 10,6 Uso la edición San ISIDORO DE SEVILLA. *Etimologías*, a cargo de José OROZ RETA. Manuel-A. MARCOS CASQUERO y Manuel C. DÍAZ Y DÍAZ, Madrid, B.A.C, 1993 2ª edic.

<sup>222</sup> *Ibi*, V, 1, 3

católica, que encontraba su formulación más precisa en el excepcional entorno de la polémica sobre los universales.

Porque es ese el justo marco donde encontraba acomodo la concepción del *Ius* (así denominado, se insiste, “quia iustum est”) como “nomen generale multas species continens”, comenzando por la Ley divina y humana a la que se remiten todas las *leges*, que adelanta Rogerio<sup>223</sup>. Este jurista, no sólo respalda explícitamente la versión isidoriana (*definitio* y *distinctio* incluidas) sino que convierte su concepto de *ratio* en un referente de su obra. De tal manera que la *lex* no sólo ha de ser honesta, justa, posible, útil y clara sino también “razonable”. Nuestro jurista identifica la razón con el fin de la ley y este no es otro que el bien común (“si el príncipe la promulga en utilidad propia, es injusta” del mismo modo que lo será si lo hace “en perjuicio de una persona particular”).

Más adelante veremos en qué consiste esa injusticia. Por ahora interesa resaltar esta idea de que –a diferencia de lo que sucederá en la alta modernidad, y sobre todo, durante los siglos XVII y XVIII, - la *ratio legis et consuetudinis* (*lex non scripta*) es el bien común como requería la visión corporativa y la omnipresente imagen de *charitas*. Pero esta razón es asimismo su “mens” y su “anima” como recuerda Rogerio siguiendo a Gayo<sup>224</sup>. Respetando las dos tradiciones que integran su propia cultura, Rogerio indica que la norma presenta dos componentes perfectamente diferenciados: *verba* (palabras, signos) y *mens* (*intentio*, intención, fin de la norma)<sup>225</sup>. Pero de ambas, la más relevante y la que debe prevaler en todo caso para el intérprete es la *mens*. Por consiguiente es la *mens*, que refleja la *intentio*, y no solamente el significado de las palabras lo realmente importante y lo que ha de tenerse siempre en cuenta<sup>226</sup>. “Esta razón y mente de la ley es la médula de la misma ley y las palabras son su superficie” explica el jurista<sup>227</sup>. Es, pues, un principio incontestable porque “si cesa la *ratio* de la *lex*, cesa la misma ley”<sup>228</sup>.

He ahí la primera y más determinante conclusión. Y lo es porque, si ambas – *ratio/mens*- están expresas en la *lex*, es incluso posible, aunque bajo ciertas

---

<sup>223</sup> ROGERIO, *De iuris interpretatione*, I, 1 y 2, p. 7

<sup>224</sup> *Ibi*, I, 15, p. 13

<sup>225</sup> Vid sobre este tema en sentido amplio M. KRIECHBAUM, ““Verba” und “mens” in den Interpretations-lehren des Humanismus”, en J. Schröder (ed.), *Theorie der interpretation*, pp.47ss

<sup>226</sup> “Hinc dicimus quod non intentio vervis, sed verba intentione & menti debent dervire”, ROGERIO, *De iuris interpretatione*, I, 16, p. 14,

<sup>227</sup> *Ibi*, I, 17

<sup>228</sup> *Ibi*, I, 23, p. 20

circunstancias, “hacer restricciones en la *lex*”. En otro caso, es decir, si no aparecen expresadas, entonces debe recurrirse al significado general (vulgar) de las palabras<sup>229</sup>.

## 2. *Quod sit interpretatio. Clases*

Ciertamente, el significado (*significatio*) se convierte así en el elemento axial de la interpretación en la medida que es “el sentido propio y verdadero atributo de lo que el *conditor legis* entiende y quiere expresar<sup>230</sup>. Este es, en definitiva, el núcleo de la interpretación: rellenar lagunas, pero sin alterar la *intentio* del emisor de la norma que, por lo demás, recoge la *mens/ratio* de la misma.

Ingarden denomina “concretización” a este proceso según el cual el lector/intérprete “tiene que ir más allá de lo que de hecho está contenido en el estrato objetivo de la obra (...), tiene que concretizar estos objetos por lo menos hasta cierto punto y dentro de los límites impuestos por la obra misma”<sup>231</sup>. Es esta operación la que, precisamente, permite “el descubrimiento inmediato del sentido intencionado”, lo cual “es, básicamente, una ‘realización’ de su intención”, porque “la operación cognoscitiva más importante para la comprensión de una obra (...) es la reconstrucción intencional de las objetividades proyectadas en la obra a las que sigue la cognición de ella”<sup>232</sup>. De ahí la necesidad de que el lector esté suficientemente preparado para la lectura.

Y eso es, exactamente, lo que sucede con el intérprete del *Ius Commune*. A esos juristas no les interesa aportar una definición de la interpretación, sino sus causas y efectos. Esto es, determinar qué es lo que realmente importa de la norma, lo que prevalece de sus partes, y salvaguardar la *intentio* del *conditor legis* así como la *ratio-mens*. Por esta razón, establecen que, en rigor, no existen más que dos clases de interpretación en Derecho: la restrictiva y la extensiva, rechazando, en consecuencia, conceder la calificación de verdadera a la meramente declarativa porque, en realidad, no aporta nada a la “recreación”, “reconstrucción” y “realización” de la norma<sup>233</sup>. La interpretación, se añade, “aportat apertam significatione”<sup>234</sup>, de ahí que no reparen en acudir a la lógica cuando se trata de encontrar el significado preciso de signos

---

<sup>229</sup> Ibi, I, 25, p. 22

<sup>230</sup> Ibi II, 1, p. 24

<sup>231</sup> INGARDEN, *La comprehension*, p. 19

<sup>232</sup> Ibi, pp 51 y 56

<sup>233</sup> ROGERIO, *De iuris*, II, 2, p. 25

<sup>234</sup> Ibi, II, 4, p. 26-7

complejos<sup>235</sup>, fijar el apropiado cuando la palabra tiene muchos explicando al respecto que, en tales casos, “debe buscarse el que es congruente con la materia de la *lex*” y, siempre, utilizar la “propia” frente a la “impropia”, recurriendo incluso para conseguirlo al “uso vulgar o común”<sup>236</sup>. Como ya en su día advirtió P. Costa<sup>237</sup>, para aquellos juristas, que se desenvolvían entre formidables debates dialécticos que confrontaban a realistas con nominalistas y a ambos con conceptualistas, el significado de las palabras no es ontológicamente connatural a las *verba*, sino que dependen de las relaciones que se establecen en la lengua en que se expresan, esto es, el latín. El objetivo es no caer en el absurdo.

Naturalmente, tan sólo se puede efectuar si quien lleva a cabo la interpretación es un experto o, al menos, conocedor del asunto. Esta es la asunción que está detrás de la triple relación de sujetos y clases de interpretación, sus características y naturaleza. Existe así la *interpretatio iuris generalis et necessaria*, que sólo puede llevar a cabo el príncipe supremo (emperador y, *mutatis mutandis*, el rey que no reconoce superior), pues es él quien mejor conoce la *mens legis*. *Necessaria*, en la medida que obligatoria para las partes, es la del juez, pero no es general ya que únicamente afecta a ellas y, finalmente, la *Probabilis*, la de los Doctores, porque a estos, como se expone en una *Additio* al C.I.C, no se les puede pedir la exactitud de un matemático, “sed probabilitas&necessarias rationes”<sup>238</sup>. Ciertamente esta última carece de las particularidades de las anteriores, porque ni es necesaria ni general ya que, *de iure*, no obliga al juez quien podía optar, como de hecho sucedía en la práctica forense cotidiana, o no por la *communis opinio* o el principio de autoridad en sus sentencias y fallos.

Aparentemente, esta clasificación, por lo demás muy escolástica, seguida en especial por la Escuela del Comentario, se aparta de la opinión expresada por Baldo – jurista que, entre nosotros, poseía el principio de autoridad- en su *Lectura super Codicem*, conforme a la cual “interpretatio legis vel canones pertinet ad conditorem, sed hoc dictum non es restringendam ad personam sed ad officium”, la cual, en rigor, no era sino una *interpretatio* extensiva del precepto del *Codex* (I, 14,12, 1) que la restringía al Emperador en cuando emisor de la norma. Sin embargo, Baldo, en realidad, estaba

---

<sup>235</sup> P. e., la equiparación de “indefinido” y “universal”: “Et debes scire quod indifinita, aequipollet universali secundum logicos in materia necessaria”. Ibi, II, 10, p. 30

<sup>236</sup> Ibi, 12, pp 31-32

<sup>237</sup> Pietro COSTA, *Iurisdictio, semántica del potere politico nella iuspublicistica medievale 1100-1433*. Milano, Giuffrè, 1969

<sup>238</sup> Additio C.I.C.



adecuando el precepto a las bases estructurales de su época y sociedad. En primer lugar, por la inclusión del *officium* (oficiales, en su mayor parte juristas) y no limitarse a la persona; pero en segundo, y más importante, porque de esta manera la reconoce tácitamente a los *conditores legis* que, por entonces, no sólo era el príncipe, sino las diversas corporaciones que tenían capacidad de “*ius dicere*”.

### 3. Reglas de la interpretatio. El ordo interpretatione iuris

Todos los intérpretes, sin embargo, debían observar en su esfera una serie de reglas. Desde las más, por así decir, formales, recogidas en “De verborum significatione” del *Digesto*, a las de fondo. Se trataba, en fin, de seguir un orden, el *ordo servando interpretatione iuris* que comenzaba por identificar la clase de *lex* (correctiva, exorbitante, odiosa, favorable o neutral) y comprobar inmediatamente si la disposición ya estaba interpretada por la costumbre, en cuyo caso se limitaba, o no, a una declaración. Con posterioridad, se debía “considerar diligentemente” la *mens* de la *lex* y, para concluir, se analizaban las palabras, pero siempre teniendo presente la regla de oro de que “la costumbre vence a la *mens* y la *mens* a las palabras”<sup>239</sup>. Sólo en el caso en que la *ratio* no se encontrara expresamente en la *lex*, se aplicaba la interpretación doctrinal que, naturalmente, seguía pautas propias y un procedimiento específico<sup>240</sup>.

Como se observa, todas estas operaciones se llevaban a cabo en un marco muy regulado en el que la *aequitas* desempeña una función en absoluto secundaria. Presumiblemente actúa en casos conflictivos –aunque puede asimismo ser fuente de los mismos<sup>241</sup>- y, de hecho, es particularmente efectiva en la interpretación pasiva y en la espinosa y decisiva cuestión de las *leges* correctivas. Es decir, de las *novae* que pueden modificar a las antiguas, cuya validez dependía de, y su vigencia se mantenía por, su fundamento en “*magna aequitatis*”<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> ROGERIO, *De iuris*, 3, 1, pp 46-47

<sup>240</sup> Ibi, IV, 20, p. 74, Vid S. MASUELLI, “In claris non sit interpretatio”. Alle origine del brocardo”, en *Rivista de Diritto Romano, Periodico di Storia del Diritto Romano, di Diritti antichi e della tradizione romanistica medioevali e moderna*, 2, 2002, pp401ss

<sup>241</sup> E, M. MEIJERS, “Le conflict entre l’équité et la loi chez les premiers glossateurs”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d’Histoire de Droit*, 17, 1941, pp 121ss

<sup>242</sup> Merece la pena detenerse en la argumentación. La opinión al respecto es que si las leyes son correctivas, esto es, corrigen a las antiguas es que estas estaban tan sólo fundadas sobre la propiedad de las palabras y entonces únicamente cabe una interpretación declarativa que no es “auténtica” interpretación. Pero si no se limita a declarar, esto es, a explicar el sentido estrictamente gramatical, entonces se trata de una “verdadera” interpretación que versa, en definitiva, sobre la *mens* y la *ratio*. Pero ahí no cabe corrección, porque tales leyes están fundadas en la “*magna aequitatis*” y, por ello, son intocables. ROGERIO, *De iuris*, 3, 10, 1 Ibi, 10, 1

La *Aequitas magna*, tal y como aparece denominada entre los tratadistas<sup>243</sup>, se convierte así en un principio absolutamente inviolable, que exige obligado cumplimiento para el *conditor legis* –no en vano regía para él la regla *lex continens aequitatem derogat legi continente rigorem*<sup>244</sup>–, pero también para todo intérprete<sup>245</sup>. Precisamente con relación a estos últimos ya había dejado sentados sus fundamentos Isidoro en libro V de la primera parte de sus *Etimologías*, todo él dedicado al Derecho. Allí donde, al referirse a las “respuestas que dan los sabios en derecho (jurisconsultos)”, a quienes califica de “prudentes et arbitri aequitatis”<sup>246</sup>, establecía un vínculo entre prudencia y equidad que permanecerá inalterable hasta la cultura jurídica ilustrada.

La *aequitas*, entendida como rectitud de juicio conforme a la razón natural<sup>247</sup> por tanto, es un principio y una regla a la vez porque no sólo exige adhesión sino también obediencia<sup>248</sup> por parte del *conditor legis*, el juez y el jurista. A la postre la *lex* que abría nada menos que el *Digesto* era un “elegante” fragmento de Celso que definía al derecho como arte de lo bueno y lo ecuo.

#### 4. *Aequitas, justo natural y justo legal*

Ahora bien ¿Qué era realmente la equidad y cómo debían aplicarla los juristas?

La referencia más remota para los juristas se remonta a Aristóteles y a Cicerón. Para el estagirita la *epikeia* (equidad) es, ni más ni menos, *lo justo natural* que es superior a *lo justo legal*<sup>249</sup>, mientras que para el orador y jurisconsulto romano posee un contenido

<sup>243</sup> Vid. p. e., *Tractatus de interpretatione legum, clarissimi Stephani de PHEDERICIS*, Francothalie, MDCXV, pp. 144ss, Baldo, sin embargo, en *Lectura super primo, secundo et tertio libro Condiciis*, Venecia, 1481, utiliza con más asiduidad la expresión *aequitas summay* expone que se se presume en los contratos celebrados de buena fe, C. De iud. L. placuit, 1

<sup>244</sup> PHEDERICI Brixensis, *Tractatus de interpretatione*, p. 146. También “lex continens ius naturale praesertur legi continente ius non naturale, licet ius aequum”. Ibi, p. 144

<sup>245</sup> El brocardo de que el conditor legis es también su intérprete –inicialmente concedido sólo al emperador, pero que la jurisprudencia medieval reconoce a quienes tienen capacidad de promulgar leyes (vid. C.I.C., Codicis, 1, 15, 12 y las glosas- se mantiene durante siglos posteriores a la época que aquí se trata, como recuerda M. STOLLEIS, “Condere legis est interpretari”. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung im 17. Jahrhundert”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, germ. Abt., 101, 1984, pp 89ss

<sup>246</sup> ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, I, V, 14

<sup>247</sup> “Aequitas enim est rectitudo iudicii naturalem sequens rationem”. PHEDERICI Brixensis, *Tractatus de interpretatione*, p. 146

<sup>248</sup> Vid a este respecto las interesantes reflexiones de Gabriele PEPE, “Tra i giurici e principio de conservazione” en *Rivista di diritto amministrativo*, 1-2/2015, pp 3 y ss, en particular 5 y ss

<sup>249</sup> “Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley; sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es, que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera

más práctico aplicado al universo jurídico: es, nos dice, lo que permite no corregir la ley, sino interpretarla de un modo correcto. La diferencia no es absoluto baladí. Porque lo que realmente está exponiendo Cicerón es que la ley del príncipe no puede corregirse porque expresa su voluntad e intención. Pero sí es susceptible de interpretación en conformidad a unas reglas establecidas pues, a la postre, como el mismo Celso explica en el conocidísimo brocardo de D. 1, 3. 17 “scire leges non est verba eorum tenere, sed vim ac potestate”.

A mediados del siglo XIII, Tomás de Aquino, quien como fiel aristotélico se refiere a ella utilizando la denominación griega, rebate a los que la excluían de la justicia legal porque, “hablando con propiedad” la *epikeia* pertenecía a la misma si se considera que “la justicia legal es la que se atiene tanto a la letra como a la intención del legislador (...) que es lo principal (*mens-ratio*)”. Porque si sólo se tiene en cuenta la letra (*verba*) entonces es superior. Y así concluye: “la *epikeia* es mejor que cierta justicia, la legal, que cumple la ley al pie de la letra”, es decir, a las palabras; por eso la concibe como “moderación de la letra”, del rigor formal, por así decir<sup>250</sup>.

Y este fue, en efecto, el modo en que la entendieron también los juristas. Desde luego los canonistas, ya que tal concepción, por un lado, se adecuaba a la perfección al concepto de *charitas* que inspiraba el ordenamiento jurídico de la Iglesia romana y la propia estructura corporativa de la sociedad. Por el otro, favoreció una aplicación efectiva de su propia doctrina a través de mecanismos como la *moderatio/temperatio* que permitía la *relaxatio* de la aplicación de una norma sin invalidar la misma. Pero también los civilistas, donde es claro que aparece como instrumento de la interpretación<sup>251</sup>.

---

puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley por esto no es menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque esta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas, *Por lo tanto lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor al parecer que la falta que resulta de los términos absolutos que la ley se vio obligada a emplear. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido.* Aristóteles, *Moral a Nicómaco*. Traduc. Patricio de Azcárate. Madrid, Austral, 4ª edic. 1984 (1ª 1873), Libro V, cap. X, p. 148. Cicerón trata el tema sobre todo en *De officiis*, I, X y XIII, donde sostiene que en la interpretación se ha de estar “a la intención (del conditor legs) y no al sentido de las palabras” —expresión que, como se vera más adelante es el leit motiv de Vázquez de Menchaca sobre el tema-, y II, cap IV y V, con referencias expresas en este último.

<sup>250</sup> *Summae Theologiae* divi Thomae Aquinatis... Venetiis MDXCVI. Cito por SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, Madrid, 1997, IV, pars II-II, c. 120 a. 2

<sup>251</sup> La materia de interpretación entre los canonistas se encuentra sobre todo en el Primer libro de *Decretales*, tit *De postulatione praelatorum*. Vid, al respecto los comentarios de ANTONIO DE

Puede, a este respecto, decirse que los medievales llegaron mucho más allá de los romanos. Como Modestino, quien había defendido “que no es la razón jurídica, sino la benignidad de la equidad la que se introdujo para utilidad de los hombres y como instrumento interpretativo contra la severidad de las normas”<sup>252</sup>. Para los juristas romanos, el recurso a la equidad era el modo de conseguir suavizar el rigor de la ley siempre, naturalmente, que se conservara intacta la voluntad del *conditor legis*<sup>253</sup>. Y este es el pensamiento o directriz que recibe y acoge la jurisprudencia medieval. Un testimonio entre los más elocuentes es el del propio Baldo<sup>254</sup>, quien afirma que la *interpretatio* siempre debe ser benigna<sup>255</sup>, que “omnes aequitatem desirat”<sup>256</sup>, razón por la cual “interpretatio benigna (esto es, equitativa) semper sequenda est”<sup>257</sup>.

En resumen, para Baldo, el único civilista que con su maestro Bártolo tenía reconocido el principio de autoridad, no sólo toda “interpretatio debet esse bona, aequa & consueta”<sup>258</sup>, sino que afirma con rotundidad que el derecho escrito depende de la *aequitas non scripta*<sup>259</sup>. De ahí que no sorprenda su afirmación con relación al negocio jurídico cuando escribe que no sólo la “summa aequitas” debe considerarse presente en los contratos suscritos de buena fe<sup>260</sup>, sino que debe igualmente desearse en los contraídos *stricto iuris* porque en la *aequitas scripta* se sobreentiende “per identitatem” la *non scripta*, que se extiende a aquella<sup>261</sup>.

Así pues, la *aequitas* es la que fija el significado con posterioridad a las palabras (la equidad está en potencia, pero la materia de equidad está en acto, se dice)<sup>262</sup> del

---

BUTRIO, *Super Decretalia Libris Commentaria*. Venetiis, 1503, 1, De postulatione praelatorum, 1, 60 y el ABAD PANORMITANO, *Commentaria in quinque libros Decretalium*. Abbatis Panormitani commentaria : primæ partis in primum [-in quartum & quintum] decretalium librum : quamplurimum iurisconsultorum, qui probe hucusque aliquid iis addidisse apparuerunt, adnotationibus illustrata, 1578, 1. de postulatione praelatorum, 1, 18-20

<sup>252</sup> D. 1,3, 25

<sup>253</sup> Ibi, I, 3, 29

<sup>254</sup> Ha tratado el tema de la “aequitas en Baldo N. HORN, “*Aequitas*” in *den Lehren des Baldus*. Köln-Graz, Böhlau, 1968

<sup>255</sup> BALDO, *In Primam D. partem*, De iustitia et iure, l. omnes populi, 83

<sup>256</sup> Id, *In Codicem*, de usur., l. cum allegas, 29

<sup>257</sup> Id. *In Primam D. partem*, Ad leg. Aquil., l. si ex plagis, add. 6

<sup>258</sup> Ibi, De condit. & demonst., l. in his

<sup>259</sup> Id. *Super Infortiatum*, fol. 9 vº

<sup>260</sup> Id. *Super Codicem*, De iud, 1 y Placuit, 1

<sup>261</sup> Ibi, 6

<sup>262</sup> Resulta a este respecto curioso el enunciado que propone Eros GRAU, *Interpretación y alicación del derecho*. Madrid, Dykinson, 2007 para quien “lo que realmente se interpreta son los textos normativos” según el cual “el conjunto de los textos –disposiciones, enunciados- es sólo un ordenamiento en potencia, un conjunto de posibilidades de interpretación, un conjunto de normas potenciales”. El autor lo expone siguiendo a Gustavo ZAGREBELSKY, autor del conocido ensayo de título, por demás, elocuente: *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 2003 (5º)

enunciado. Se entiende ínsita en la *mens* de la *lex* y protege del rigor que expresan las palabras y de las sutilezas jurídicas. La conclusión, por consiguiente, va de suyo: los juristas “debemos seguir la equidad donde falta el derecho escrito”<sup>263</sup>.

A mi parecer, Baldo asume aquí la ya aludida noción de Santo Tomás, para quien la interpretación sólo se produce “en los casos dudosos en los que no es lícito apartarse de la letra de la ley sin determinación del príncipe, porque en los casos evidentes no es necesaria la interpretación sino complementarla”. Por eso concibe la *aequitas-epikeia* como una norma superior de los actos humanos y como una parte de la justicia<sup>264</sup>. Igualmente para el jurista forma parte de lo justo o justicia legal si se toman conjuntamente *mens* y *verba*, pero supera a la misma cuando se está únicamente a las palabras. De ahí que, refiriéndose a la interpretación, Rogerio no vacila en calificarla de “impropia” (viciosa) cuando la operación intelectual que se lleva a cabo en el proceso interpretativo (*Intellectus*) “conduce al absurdo o a la iniquidad”<sup>265</sup>. De ahí, también, que se defienda que la ley que contiene *ius naturale* (el territorio origen de la *aequitas*), es preferible a la rigurosa<sup>266</sup>.

##### 5. *Aequitas naturalis y aequitas civilis*

Aparece así una doble configuración entre equidad natural y equidad civil (en un capítulo no por acaso referido a la derogación de las *leges* civiles), explicando que la primera se aplica a la derogación de cualquier ley que vaya contra las *regulae iuris ciuilis* y las leyes antiguas, en tanto que la segunda es puramente correctiva, ya que actúa cuando de su aplicación se deriven serios inconvenientes<sup>267</sup>; o lo que es lo mismo, perjuicios en todos los ámbitos de la convivencia y, por tanto, también en el de los *negotia*. En definitiva, para evitar un mal mayor, al igual que hacían los canonistas en los casos de posible aparición de *peccata enutritiva*.

Esta concepción pertenece al tiempo de despliegue y esplendor de la sociedad corporativa, tan vinculada al desarrollo de las ciudades y su actividad mercantil *grosso modo* considerada. Una sociedad en la que, si por una parte, existían pluralidad de *iurisdictiones*, por otro lado se desarrollaba en conformidad a las líneas marcadas por la antropología católica-romana. Insertos en ese medio, el punto de referencia de los

<sup>263</sup> “Aequitatem sequi debemus ubi ius scriptum déficit”. Ibi, Locato, L. aedes, 16

<sup>264</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa*, pars II-II, c. 143 y c. 120, art. 1 y 2

<sup>265</sup> ROGERIO, *De iuris*, p. 32

<sup>266</sup> PHEDERICIS Brixiensis, *De interpretatione*, p. 146

<sup>267</sup> Ibi, p. 227

juristas es siempre la realidad del entorno en que viven y se desenvuelven pero, como auténticos científicos, asumieron asimismo los principios escolásticos y, a partir de los mismos, crearon un método deductivo que sigue siendo útil en la actualidad. Dedujeron conclusiones de premisas preasumidas que procedían del derecho romano y partiendo de la idea de que el Derecho no surge únicamente de los hechos sino que, al menos en la teoría, era el territorio más adecuado del deber ser, trataron de extraer principios generales de reglas preexistentes basándose en la fuerza de la razón. Pero en esta labor no sólo reconocieron el valor irrenunciable de la interpretación sino que, amparándose en la *auctoritas* de *Codex* 1,14,1, establecieron que en él, en el Derecho –y por consiguiente, en las dos básicas clases de interpretación que reconocían los civilistas, esto es la *necessaria*-obligatoria y la *non necessaria*, y la *authentica* de los canonistas-, la equidad se sitúa en un lugar primordial.

## II. La Segunda Escolástica

El contexto varía sustancialmente con la aparición de las Monarquías a finales del siglo XV<sup>268</sup>. Los factores y motores del cambio son sobradamente conocidos. Al propósito que aquí se persigue es, sin embargo, necesario subrayar el arraigo del concepto de soberanía y la opción deliberadamente antropocéntrica y voluntarista que adquiere la creación del derecho y la ciencia jurídica con su tendencia a identificar al príncipe como causa eficiente le mismo. De manera tan compendiosa como magistral lo reconoce Fernando Vázquez de Menchaca al afirmar que “no ofrece la menor duda de que en el día de hoy las leyes, más que por nosotros, son dadas casi siempre por los gobernantes de los pueblos” por medio de un mandato que -y he ahí lo relevante para lo que aquí interesa- es igual al de un contratante privado que actúa por medio de procurador<sup>269</sup>. Naturalmente, esta orientación tiene efectos sobre la interpretación, sobre todo durante los siglos XVI y XVII<sup>270</sup>, en que no sólo se hace más restrictiva, sino que,

---

<sup>268</sup> Arrojan luz sobre el periodo las aportaciones incluidas en J. SCHÖEDER (ed.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zum Romantik Rechtswissenschaft, Pphilosophie, Theologia*. Stuttgart, Steine, 2001

<sup>269</sup> FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarvm illustrivm aliarvmque vsq frequentvm*. Cito por la edición bilingüe de Fidel Rodríguez Alcalde. Valladolid, 1935 (*Conroversias*), *Controversias*, II, 24,12, pp 163-4

<sup>270</sup> Vid. a este respecto Kurt MUELLER-VALLNER, *Texts of the German Tradition from the Enlightenmrnt to the present*, New York, Continuum, 2006 (en particular cap, 5 a cargo de Jan SCHÖEDER, “The concep and means of legal interpretation in the 18 century”, pp. 91ss) y Yasutomio

a diferencia de lo que ocurría en la etapa anterior, se orienta a determinar el sentido de las *leges*, identificándolo, en especial desde mediados del XVII y durante el XVIII, con la exclusiva intención del *conditor legis*, que es básicamente el monarca. La voluntad y autoridad del rey, son ahora las determinantes. En todo caso, está claro que, durante la alta modernidad hasta mediados del siglo XVII la validez de la interpretación se vincula a la obtención de un resultado razonable, con independencia de su veracidad; desde entonces, y durante el XVIII, lo que se pretende sobre todo es la seguridad a partir de la certeza. Es éste un aspecto especialmente demandado por el sector mercantil, aunque en el marco de la Monarquía Hispánica, estas pretensiones están sometidas a reglas y prácticas determinadas por la visión cristiana, ahora reinterpretada, como se puede apreciar en la literatura de especialidad<sup>271</sup>.

Para la ocasión he seleccionado fundamentalmente a dos juristas, el citado Vázquez de Menchaca y Francisco Suárez y, como punto de partida, el libro VI del tratado *De legibus* de este último, todo él dedicado a cuestiones relativas a la interpretación de la *leges*.

1. *La relación interpretación-equidad en Suárez: la epikeia como correctivo de lo injusto*

Aunque al inicio de la obra, justamente allí donde establece los términos “ius” y “lex” y trata de la diferencia entre el derecho y “lo ecuo”, admite sin paliativos la herencia de Aristóteles, Tomás de Aquino y el *Digesto* –incluso se remite a Covarrubias cuando reconoce “que algunas veces es necesario apartarse del rigor de las palabras” para salvaguardar la esencia del derecho como arte de lo bueno y lo ecuo<sup>272</sup>–, lo cierto es que su aportación difiere en extremos relevantes cuando se relaciona la *aequitas* con la interpretación. En realidad, el punto de partida inevitable es su aportación inicial sobre el derecho humano escrito (tanto canónico como civil). El jurista reconoce que

---

NORIGIWA, Michael STOLLEIS, Jean HALPÉRIN (ed.), *Interpretation of law in the Age of Enlightenment from the rule of the King to the rule of Law*. Berlin, Springs, 2011

<sup>271</sup> Vid., p. e., TOMÁS DE MERCADO, *Tratos y contratos de mercaderes y tratantes discidos y determinados*. Salamanca, Matias Gast, año de 1569. Este autor es uno de los más representativos de la literatura de especialidad escrita en romance, destinada principalmente al sector mercantil y bancario, que, entre otros logros, consiguen legitimar la ganancia en las operaciones mercantiles y el préstamo con interés. Con todo, esta práctica debía estar sometida a las leyes de la caridad y la moral cristiana. Vid., especialmente el cap. IV del “Opusculo del arte y trato de mercaderes” y XI del “Opusculo de los cambios”,

<sup>272</sup> FRANCISCO SUÁREZ, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*. Conimbrica, Didacum Gomez de Loureyro, 1612 (*De legibus*), L. I, cap. II, 9 y 10. Uso la versión bilingüe de J. R. Eguillor Muniozguren. Madrid, IEP, 1967

este derecho es susceptible cambios y que éstos siempre acaecen por causas intrínsecas y extrínsecas. Las primeras, explica, se producen por el cese de la obligación “por causa de su materia, de su fin o de su razón”. Y añade: “*Cuando esto sucede sólo parcialmente o por una ocasión particular, se llama interpretación, equidad o epikeia*”. Como se advierte, Suárez sólo admite la interpretación y la equidad en las causas intrínsecas (que afectan a aspectos muy concretos y regulados, relacionados con la generación de un perjuicio o mal que la *lex* justa, por su propia naturaleza, no puede pretender). En todas las demás causas no cabe interpretación: existe llanamente dispensa, abrogación o anulación de la ley<sup>273</sup>.

No es, en absoluto, superfluo recordar la peculiar postura del jesuita granadino a estos efectos. Permanece parcialmente fiel a la *glosa* y al *comentario* cuando reconoce las tres clases de interpretación tradicional de las *leges*: la auténtica, es decir, la realizada por el *Conditor legis* o cualquier superior (explicitando en este caso que no es sólo un asunto de dignidad, sino de subordinación y obediencia); la usual –mediante la costumbre– y, finalmente, la realizada “per doctrinam & auctoritate interpretum”, sobre la que volcará su reflexión. Pero se distancia deliberadamente, sobre todo de la Glosa, al considerar que la judicial, expresada a través de las sentencias, no es en rigor interpretación de las *leges* sino que entra en el terreno de la costumbre<sup>274</sup>.

Es, a este respecto, conveniente detenerse en su razonamiento. Porque si para Suárez la declaración auténtica llevada a cabo por el *conditor legis* o un superior puede en ocasiones significar una mutación o cambio en la disposición –circunstancia totalmente plausible, ya que es una facultad reconocida por derecho al autor de la norma–, estima asimismo necesaria la opinión de los juristas (*iudicium prudentium*) dada la incapacidad, propia de la condición humana, de transmitir “lo que se piensa sin caer en la ambigüedad”. La influencia del cambio político a este respecto es más que evidente, entre otros motivos, porque se ahora ve obligado a explicar lo que antes se admitía con naturalidad. Precisa Suárez entonces que, justamente de esa circunstancia, arranca el valor de la jurisprudencia doctrinal, cuyo fin principal es aportar el verdadero sentido y la verdadera interpretación de las *leges*<sup>275</sup>. Es cierto, dice, que carece de fuerza de ley, pero posee el peso de la autoridad que proviene del conocimiento. Sobre todo cuando

---

<sup>273</sup> *De Legibus*, VI (*De interpret. cessat & mutationem legis hum.*), I, 1, 1

<sup>274</sup> *Ibi*

<sup>275</sup> *Ibi*, VI *De interpretatione legis humanae*, 1, 5



existe *communis opinio*<sup>276</sup> y se atiene a las tres reglas básicas que deben seguir los intérpretes. Esto es, atención a las palabras de la ley según su significado, a la intención del legislador y a la razón de la propia *lex* acerca de cuya diferencia (es decir, la que existe entre *intentio* y *ratio*) insiste reiteradamente<sup>277</sup>.

En apariencia, lo expuesto concuerda, como por lo demás podía esperarse de un relevante miembro de la Segunda Escolástica, con lo dispuesto por las ya mencionadas escuelas bajomedievales. En especial porque, con relación a la primera (esto es, la atención a las palabras), recuerda que se debe considerar la “propiedad” de éstas mediante la distinción entre el sentido “natural” –es decir, el que se les atribuye- y el civil, que implica “la ampliación, igualación o ficción” realizada por el derecho, y a ambos, del concedido por el uso común. La regla a seguir es, pues, la dispuesta por el *Digesto*, según la cual es antijurídico “juzgar por una sola palabra sin examinar la ley entera”<sup>278</sup>. Esta, por así decir, “contextualización” se ha de aplicar en particular cuando se lleva a cabo una interpretación en el ámbito del *ius civile*, donde las palabras se presentan como el vehículo de seguimiento de “la causa de la ley”. Aquí, escribe, se debe ser especialmente cuidadoso ya que “toda ampliación o restricción del significado de las palabras significa distanciarse de la *mens*-intención del legislador”, que es, como no se cansa de recordar, lo verdaderamente importante. Y para conseguir este propósito resulta de inestimable ayuda conocer cuál es la razón o causa de la propia *lex*<sup>279</sup>.

Mantener en la medida de lo posible el sentido propio de las palabras, pues son las mejores transmisoras de la voluntad-intención del *conditor legis* –y no es casual que en este tema Suarez reitere de nuevo la diferencia existente entre la *ratio* y la *mens* del legislador advirtiéndolo del peligro que se deriva de su, por otra parte habitual, confusión<sup>280</sup>– es así, siguiendo a Bártolo, una medida de la que no conviene apartarse para llevar a cabo una interpretación rigurosa. Pero a diferencia de la *communis opinio* de la jurisprudencia doctrinal medieval, considera asimismo interpretación “la que obra

---

<sup>276</sup> Aunque reconoce que “en esto ha de haber distintos grados”, añade, no obstante, que “si en la interpretación de una *lex* coinciden todos los intérpretes, *faciunt humanam certitudinem* y normalmente (*regulariter loquendo*) crean también la obligación de cumplir la *lex* y de hacer uso de ella en la práctica según tal interpretación”. Ibi, 1, 6

<sup>277</sup> Ibi, VI, 1, 7

<sup>278</sup> Que sigue asimismo para el caso de que dos palabras signifiquen lo mismo, en la que, conforme al texto justineano, se ha de optar por la que mejor se adapta a lo dispuesto por la *lex*. Ibi, VI, 1, 11

<sup>279</sup> Ibi, VI, 1, 19 y 20

<sup>280</sup> Suárez, en efecto, previene de los peligros que acarrea la confusión, por lo demás frecuente hasta el punto de muchos juristas “vocant animam legis” a ambas y recuerda que la *ratio* es sólo un medio para conocer aquella”. Ibi, VI, 1, 20

algo esencial en la ley”, pudiendo en este caso ser múltiple según los efectos producidos (derogación, excusa, dispensa, restricción del alcance de la misma, entre otros)<sup>281</sup>.

La explicación de esta orientación reside, a mi parecer, en la propia concepción de la ley para Suárez: un acto de voluntad del *conditor legis*, pero con la obligación de ser justa y buscar el bien común<sup>282</sup>. Existe ahí la influencia isidoriana, cierto, pero también es evidente el voluntarismo congenial a la Segunda Escolástica<sup>283</sup>v. Y es esto lo que permite entender por qué, a continuación, manifiesta asimismo que “a veces cesa la obligación en un caso particular”. Porque con ello, Suárez traslada la visión de la voluntad intangible del legislador altomoderno a la obligatoriedad de la norma.

El razonamiento escolástico es impecable: por definición, la ley es universal, pero, por esto mismo, “necesariamente la ley humana ha de dejar de obligar en algunos casos”. “Es imposible, continúa, que la disposición general de la *lex* humana (sea tan recta) que no falle alguna vez”, aunque, en consonancia con los requerimientos políticos de la nueva época cada vez más identificada con los principios de la soberanía, advierte con insistencia: el fallo se produce siempre por la presencia de factores externos. Y es ahí, precisamente ahí, donde entra la *epikeia* (esto es, la equidad en el sentido de auténtica justicia y moderación<sup>284</sup>) porque ella es la que justifica la mutabilidad de la materia. Apelando a la autoridad de Aristóteles explica entonces que el fallo no está en la ley ni se debe al legislador: está “en la propia naturaleza”, de ahí que la *epikeia* se impone “por la justicia misma de la ley humana”. Por esta razón, como también señala, en ocasiones, incluso puede ir contra el derecho, eso sí; sólo el escrito y riguroso (*a iure scripto & rigoroso*)<sup>285</sup>.

---

<sup>281</sup> La interpretación, en sentido riguroso “consiste únicamente en la explicación y comprensión de su sentido (de las palabras) propio e inmediato, ateniéndose sólo al significado usual y propio de las palabras y al sentido de la ley que resulta de esas palabras así entendidas”. Ibi, VI, II, 1

<sup>282</sup> Ibi, VI, II, 22. Vid. José Salvador GUANDIQUE, “Noción de Ley. Doctrina de Francisco Suárez”, en *Actas del primer congreso nacional de filosofía*. Mensoza, 1949, T. 2, pp 1293ss

<sup>283</sup> Sebastián PIERPAULI, “La causa final de la interpretación de la ley en Francisco Suárez. Su continuidad o ruptura con la filosofía jurídica clásica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48 (2014), 189-202, observa indicios del decisionismo moderno en la obra de Suárez. Este trabajo es también interesante sobre el asunto de la interpretación en general

<sup>284</sup> *De Legibus*, L. I, II, 9 y L. VI, VI, 4

<sup>285</sup> Ibi, VI, II, 4 y 5

## 2. *Lo ecuo y lo injusto. El doble justo y la interpretación de la lex*

Es, a este respecto, relevante señalar que, para este jurista, a diferencia de otros contemporáneos que, como Juan Salas, no la admiten como tal<sup>286</sup>, la *epikeia* es auténtica interpretación en la medida que requiere a la vez “un juicio de entendimiento” para discernir en que caso la ley no obliga y el “acto de voluntad” de aceptar ese juicio, o lo que es lo mismo, de dar por válido y eficiente el mismo. El primero, nos dice, no es más que un acto de prudencia (real o política si la lleva a cabo el rey o un superior y general si se trata de un súbdito), pero el segundo es, de pleno, un acto de justicia. Y es éste uno de los casos en los que Suárez va más allá de la *relaxatio/temperatio/moderatio* de la canonística medieval, que sólo consideraba la suspensión de la norma en los casos de que la sanción pudiera ser fuente de *peccata enutritiva*<sup>287</sup>.

La razón última, para el jesuita granadino, se encuentra exactamente en la diferencia entre “ius” y lo ecuo. El primero se presenta como una adaptación de la aludida definición de Celso que abre el *Digesto* porque puede ser a la vez lo bueno y lo equitativo y, en sentido formal, “la norma de lo bueno y lo justo”. Existe, así, un doble justo; el natural (o lo que es recto según la razón natural) y el legal, que es el que determina la ley humana. La diferencia entre ambos es que, frente al anterior, este último suele fallar en los casos particulares, aunque no por ello la disposición se vuelve injusta.

Pero si existe un doble justo, existe asimismo una doble equidad. Y, de esta manera, la equidad natural se presenta como una “regla” para el *ius*; es más, de hecho en ella está el origen del Derecho<sup>288</sup> porque “en todo y sobre todo en Derecho, hay que atenerse a la equidad”. Una razón más contingente revela lo que está detrás de esta tesis inequívoca y fidedignamente tomista: presentada como “la prudente suavización de la ley escrita al margen del rigor de sus palabras”, en realidad, se trata de una modificación y hasta una oposición al *ius stricto*. De ahí la insistencia de Suárez en señalar que es una corrección del justo legal, que si bien afecta a la letra de la ley preserva, sin embargo, la

---

<sup>286</sup> JUAN SALAS, *Tractavs de legibus in Primam Secvndae S. Thomae*. Lvgduni, ex officium Ioannis de Gabiano, 1611, que trata de la interpretación en la Disputatio 21. Vid a este respecto, Juan CRUZ CRUZ, *La interpretación de la ley según Juan de Salas*, 2011, en line, pp 19 ss y 69ss en especial

<sup>287</sup> Vid. Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*. Madrid, Marcial Pons, 1996

<sup>288</sup> Suarez recurre aquí a *Digesto*, 50, 17, de reg. Iuris, 9 “In ómnibus maxime tamen in iure aequitas spectanda est”

intención, que es lo realmente importante. Y, para ratificar tal posición, añade “hacer lo contrario sería realmente violar la ley”<sup>289</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta tales aseveraciones, las *epikeia* sólo intervendrá en el caso de leyes dispositivas que establecen una obligación actual o futura (preceptos afirmativos). Se trata, en efecto, esto último de un requisito inexcusable, porque si no existe plazo ni perentoriedad, la *epikeia* no tiene lugar. Pero asimismo repite machaconamente que, aunque afecta a la razón (el alma de la ley), no se trata de una invalidación ni menoscaba la universalidad de la misma, la cual mantiene su vigencia ya que únicamente se aplica al caso particular<sup>290</sup>. La defensa reside en que si la justicia de la ley depende de la razón (motivo) de la misma, si falta ésta –como puede ocurrir en supuestos singulares-, falta también la justicia y, en consecuencia, cesa la obligatoriedad de la propia ley. La *epikeia* actúa así como un correctivo y no como causa de nulidad de la norma porque lo singular –caso concreto- es contrario a lo general representado por el bien común, que es el fin perseguido por aquella.

Se trata, entonces, de la colisión general-particular en conexión con la justicia natural-justicia legal que el intérprete debe analizar y solventar en función del objetivo primordial que no es otro que evitar lo injusto. Porque si este es general, entonces tiene lugar el cese de la ley, pero si, por el contrario, sólo afecta al caso concreto, no ataca ni a la razón, ni al fin, ni a la causa, ni siquiera a la universalidad y, por tanto, no cesa la obligación para todos los demás. No obstante, es de rigor señalar con relación a este extremo que, para Suárez, la *epikeia* no sólo corrige lo injusto sino también lo muy difícil. “La ley pecaría no sólo mandando lo que no debe (injusto) sino cuando obliga con rigor mayor que lo justo” porque –dice al respecto siguiendo a Tomás de Aquino- “tanto es obligación del legislador mandar lo recto como hacerlo rectamente”<sup>291</sup>.

La conclusión de esta argumentación va de suyo: la *epikeia* tiene lugar cuando la ley, tomada al pie de la letra, genera actos que conllevan “malicia e injusticia”. De ahí que desde el preciso momento en que la materia de la ley, por cualquier circunstancia, deviene injusta o es contraria a otro precepto o virtud más imperiosos, cesa su obligatoriedad. El propio súbdito, advierte, puede desobedecerla incluso sin recurrir al superior. Y es esta una regla que asimismo se aplica al abuso de autoridad que supone

---

<sup>289</sup> SUÁREZ *De Legibus*, L. I, II, 10,

<sup>290</sup> *Ibi*, L. VI, VI, 5 y 6

<sup>291</sup> *Ibi*, VI, VI, 10

imponer conductas intolerables aunque, en este último supuesto, recomienda que, en caso de duda, se debe siempre acudir al superior salvo que la situación lo imposibilite<sup>292</sup>.

Tales son los hechos e incidentes que el intérprete debe considerar y valorar para aplicar la *epikeia*.

Aunque para Suárez la *epikeia* no posee la incuestionable fuerza de la costumbre como elemento de interpretación e incluso de abrogación de las leyes<sup>293</sup>, si desempeña una función relevante muy en consonancia con la antropología de ese momento de cambio en todos los planos –en particular el mercantil *lato sensu* con su proliferación de *negotia* que, por su naturaleza, contravenían las normas imperantes sobre proscripción de la usura y, desde luego, el político, al que expresamente alude<sup>294</sup> – que es la alta modernidad. Un momento, en resumen, que exigía la adaptación de las construcciones doctrinales heredadas.

### 3. Vázquez de Menchaca y la relatividad de la *epikeia-aequitas* como principio interpretativo o la primacía de la voluntad

Un caso bien diferente es el de Vázquez de Menchaca, otro brillantísimo, respetado e influyente miembro de la Escuela de Salamanca. En la que es, por así decir, su obra más “positivista”, *Controversiarum Illustrum*, este jurista concede escasa importancia a la *aequitas*, relegada con claridad al terreno de los principios que, por lo demás, para él sólo requieren adhesión cuando se trata de la *aequitas* natural.

El testimonio más ilustrativo donde esta opinión se refleja puede encontrarse cuando trata de la prescripción, exactamente al plantearse si es contraria a Derecho “o al menos a la equidad natural” por el enriquecimiento patrimonial y el consiguiente

---

<sup>292</sup> Ibi, L. VI, VIII, *Quomodo de excusatione occurrente constare debeat ut epicia uti & legem non servare liceat sine recurso ad Principem*, passim

<sup>293</sup> Sin entrar ahora en sus profundas disquisiciones acerca de su naturaleza y origen (en las que son fácilmente discernibles consideraciones relevantes que le singularizan frente a la jurisprudencia medieval) Suárez parte de la concepción isidoriana de que las leyes escritas se forman a base de costumbres. Reconoce, en especial, que la de larga duración es un gran auxilio para la interpretación doctrinal, aunque esta carezca de certeza e infalibilidad. Es un elemento indispensable para entender las causas que conducen a una específica interpretación, en la medida que determina su orientación. Por ello concluye que su eficacia es incuestionable pudiendo llegar a abrogar leyes porque “la plebe tiene poder más de hecho que de derecho (he ahí un rasgo inequívoco de modernidad su modernidad) de deshacer la ley del mismo modo que el príncipe tiene poder para acceder a ese cambio”. Ibi, L. VII, , XVIII, (*De lege non scripta, quae consuetudo appellatur*), 4

<sup>294</sup> Ibi, VI, VII, 12

menoscabo de quien pierde el bien<sup>295</sup>. La respuesta, negativa, se atiene muy bien al pensamiento del jurista, que se desenvuelve en un terreno contingente y pragmático que, en lo que aquí interesa, le distancia considerablemente del eminentemente teórico de Suarez. Porque, a diferencia de éste, la interpretación en Vázquez se orienta exclusivamente a salvaguardar el espíritu (*mens*) de la *lex* (para él prioritariamente la *scripta* frente a la costumbre, quizá porque, como había expuesto Gregorio López por esas fechas, no se podía introducir costumbre sin la aprobación del príncipe<sup>296</sup>). Tampoco es casual que en este tema se aleje considerablemente de una de sus autoridades más respetadas, el penalista Alfonso de Castro, para quien la interpretación siempre debía seguir “el significado que las palabras tienen en ese lugar”, esto es, el uso o la costumbre<sup>297</sup>. Como reitera de manera constante y rotunda, para nuestro jurista las palabras sólo son un vehículo, pero no *propriamente* la *lex*.

Esta incidencia en el espíritu y la presunción –por lo demás generalizada- de que la *lex* se dicta para el bien común, o lo que es lo mismo, de su utilidad (considerada *conditio sine qua non* para la validez de la misma, pues su ausencia conlleva la nulidad de pleno derecho), es, precisamente, lo que le permite ir mucho más allá de sus contemporáneos en el terreno de la interpretación. Porque defiende que ésta puede ser efectuada no sólo por príncipe, el juez o el jurista a quienes estaba encomendada tradicionalmente<sup>298</sup> en calidad de *conditor* o expertos, sino a cualquier hombre. En este último caso expone llanamente que el sujeto no necesitaba conocer del significado de las palabras: era suficiente que comprendiera el espíritu de las leyes, de cuyo cumplimiento, además, quedaba eximido si no consumaban el fin prioritario para el que deben ser dictadas, es decir, los aludidos de utilidad y bien común de la *respublica*. Para Vázquez de Menchaca se trata de una cuestión de justicia, y lo explica apelando al ejemplo del juez que emite una sentencia injusta cuando se atiene sólo a la letra y se aleja de la *mens* de la norma en caso de que se produzca contradicción entre ambas. Desde esta perspectiva, no sería desde luego erróneo afirmar que la interpretación está en la base misma de toda la construcción del jurista salmantino.

<sup>295</sup> Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum*, T. II, 52, 1

<sup>296</sup> Gregorio LÓPEZ, glosa I, “del Señor” a *Partidas* I, 3, 6. *Las siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono glosadas por el Licenciado Gregorio López. Salamanca*, 1555

<sup>297</sup> “vsum verborum seruandum ese in legum interpretatione, non solum in lege fauorabili, sed etiam in lege odiosa, qualis est poenalis”. F. ALFONSI A CASTRO, *De potestate Legis poenalis libri duo*. Salmanticae, Andreas Poronaris, MDL, Liber primvs, fol. 52r A. Vid también sobre la ignorancia Liber secundus, cap. XIII, fol. 236r B

<sup>298</sup> Vid, GREGORIO LÓPEZ, Glosa d “por aquel que las fizo” a *Partidas* I, 1, 14. Ibi

#### 4. *El intérprete y el negocio jurídico. Consentimiento y tiempo en la nueva época*

Y es precisamente esta peculiaridad, unida a una decidida vocación pragmática, la que confiere una singular relevancia al tratamiento que concede a las cuestiones relativas al negocio jurídico. En particular, en el tema de los contratos, acerca de los cuales aporta una visión propia que difiere en algunos aspectos relevantes de la *communis opinio* medieval, que conoce a la perfección. Se advierte ahí, en efecto, un cierto, por así decir, abandono de la doctrina en favor de la recuperación literal de los textos justineaneos, bien que de modo disímil a la que, por esa misma época, llevaban a cabo los humanistas.

Un testimonio elocuente al respecto es el propio cómputo del tiempo. Desde la máxima, que toma de Tiraqueau, de que “el tiempo es padre de la verdad” y porque supone “ciencia y paciencia”, para Vázquez, un dilatado periodo produce el mismo efecto que un consentimiento expreso, autorización o licencia. Incluso en los casos en los que para realizar algún acto la *lex* o el estatuto exijan el consentimiento ya de una corporación ya de una persona, porque, en su opinión, sus efectos son exactamente iguales a los de la enajenación o tradición<sup>299</sup>. De hecho, afirma que no sólo causa presunción de consentimiento, autorización y licencia, sino que incluso concede fuerza probatoria a palabras que, generalmente, carecen de la misma. Con todo, aún resulta más sorprendente la posición otorgada a la costumbre a la que ciertamente reconoce valor probatorio, si bien inmediatamente expone que en ciertos casos no es suficiente si no existe un justo título<sup>300</sup>.

En resumen, el elemento tiempo y su cómputo, es definitivamente importante para el derecho civil en la medida que está orientado a garantizar la seguridad de operaciones y sujetos. Prevalece no ya sobre las formalidades exigidas en los negocios, sino, en determinados casos, también sobre el propio consentimiento<sup>301</sup>. Desde otro punto de vista, estas opiniones son un elocuente testimonio de la “nueva época” y la respuesta católica a la demandas perentorias del tráfico por cuanto si, en el plano jurídico, supone un sometimiento de la costumbre –el emblema del derecho medieval– al título en aras

<sup>299</sup> VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum*, T, II, cap. 63, 8, 13 y 14 y pp 332

<sup>300</sup> Como cuando se trata del pago de ciertas cantidades a la Iglesia, aunque medie largo plazo. Ib, 331

<sup>301</sup> Como en el caso de las donaciones, en la que el paso del tiempo prevalece sobre el consentimiento de los parientes y hasta de la notificación. Vázquez aquí, se distancia de lo sostenido por la mayor parte de los juristas. Ibi

claramente de la seguridad, en el social era exactamente lo que se necesitaba en la época de la gran expansión económica.

Desde luego, estas premisas están asimismo presentes en el tratamiento de otro de los elementos del negocio jurídico al que se acaba de hacer mención: el consentimiento, donde la interpretación desempeñaba una función de primera magnitud. Ya desde la propia noción a partir de su etimología –*cum sensus*, esto es, sentimiento simultáneo- el jurista realiza un ejercicio argumentativo de gran envergadura, todo él destinado a introducir notables excepciones en la postura tradicional que afectan, sobre todo, a los contratos celebrados entre ausentes.

Aunque la norma general era otorgar igual valor a éstos que a los celebrados entre presentes mediando buena fe, Vázquez, sin embargo, estima que nadie puede considerarse obligado ni por derecho civil ni por el natural si se manifestó oposición o se impuso una condición con posterioridad a la aceptación del mandatario. El único requisito es que ambas –oposición o condición- se hayan manifestado expresamente, incluso de forma oral, pues de lo contrario se entiende una aceptación tácita en virtud del axioma de que “un mismo poder y un mismo derecho se reconoce a ambos”<sup>302</sup>. Para un voluntarista confeso y militante como él, lo importante, lo definitivo, consiste siempre en salvaguardar la voluntad de los sujetos, tanto del *conditor legis* –cuya utilidad para el bien común y adecuación al derecho natural, como ya se ha expuesto, se presume- como de las partes.

Por esa precisa razón no vacila en manifestar, recurriendo reiteradamente a la autoridad de Cicerón que “las palabras se inventaron para indicar nuestra voluntad”<sup>303</sup>. E insiste: para que fueran un indicio, pero no una “demostración cierta y evidente de ella”. No obstante reconoce, precisamente en un texto dedicado a la posesión, que quien alega “no solamente ha de probar un hecho tan oculto cual es la intención de nuestro ánimo, sino también los restantes hechos patentes” en los que las palabras ciertamente se convierten en el mecanismo más eficaz. Sobre todo cuando se trata de “la buena o mala fe, el dolo, el miedo, el cambio de voluntad y las demás cosas que radican en nuestro ánimo”, únicamente demostrables por indicios”<sup>304</sup>.

---

<sup>302</sup> Ibi, cap. 62, 10

<sup>303</sup> CICERÓN, *De officiis*, cap. XIII

<sup>304</sup> VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum*, T. II, cap. 58. 8



Esta visión voluntarista –cuyo complemento en el ámbito político no por casualidad se denomina contractualismo– encuentra una de sus manifestaciones y respaldo más evidentes en la ratificación de la noción de *lex* contenida en el *Digesto*<sup>305</sup> donde su naturaleza contractual queda resaltada, precisamente, porque es expresión del consentimiento. Para el jurista es un argumento autorizado, inapreciable y fundamental, para defender que en toda ley, al igual que en los contratos, se debe estar ante todo a la *mens*, al espíritu, a la intención en definitiva, en cuanto expresión de la voluntad y no tanto a las palabras. Interpretar sólo por éstas, explica, es propio de un falso intérprete, de un juez injusto, que es todo aquel que se atiene a la letra aun cuando contradiga su espíritu. Y actuar así, declara con contundencia, es ni más ni menos, cometer fraude de ley”<sup>306</sup>.

En resumen: para Vázquez de Menchaca, tanto si se trata de leyes como de contratos, “quedamos ligados por una obligación que dimana de nuestro consentimiento”<sup>307</sup>. La obligación no procede “de la figura de las palabras, sino del espíritu, *mens* o voluntad”<sup>308</sup>, ante el que deben ceder la notoriedad de las palabras. En los contratos, estas reglas deben seguirse del siguiente modo: en primer lugar, entender presente una cláusula o condición si se estima que está acorde con la voluntad, aunque no se expusiera ni expresa ni tácitamente. Y ello porque lo escrito, dice siguiendo una vez más a Tiraqueau, “es muchas veces engañoso”<sup>309</sup>. En segundo, admitir que, al igual que sucede en la *lex*, donde la razón se considera “no por su fuerza expansiva sino por la comprensiva”<sup>310</sup>, de la misma manera ha de prevalecer la voluntad en los contratos. De ahí que tampoco sea necesario “seguir con demasiada escrupulosidad las formalidades legales” si operan en perjuicio de aquella<sup>311</sup>. Se trata de la regla más seguida, y para Vázquez más conforme a “la verdad”, porque, expone recurriendo a la autoridad de las *Instituciones* y el *Digesto*, “al igual que la naturaleza la jurisprudencia no hace nada en vano”. La justificación no es otra que “*finis melior quam media*”<sup>312</sup>.

---

<sup>305</sup> “Quia lex nihil aliud est quam quaedam sponsio, hoc est firmissima promissio & contractus factibus a civicibus inter se”. *Digesto*, I, 28, 1

<sup>306</sup> VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum*, T II, capi, 46, 7, 8 y 4

<sup>307</sup> *Ibi*, II, 28, 12

<sup>308</sup> *Ibi*, II, 30, 7

<sup>309</sup> *Ibi*, II, 33, 27 y 28

<sup>310</sup> *Ibi*, II, 37, 4

<sup>311</sup> *Ibi*, II, cap. 40, 1

<sup>312</sup> “El fin se tiene más en consideración que los medios”. *Ibi*, II, 40, 3

Tras lo expuesto, pocos como él mismo han seguido con tanto entusiasmo y rigor la extendida y largo tiempo celebrada máxima paulina (Corintios, 2, 3-6) “litera enim occidit, spiritus autem vivificat”. En este sentido, y en lo que ahora principalmente interesa, se advierte un claro distanciamiento de Suárez quien, no obstante el valor práctico reconocido a la *epikeia* –sobre todo si se le compara con Vázquez de Menchaca quien, por considerarla inherente a la *lex*, apenas le presta importancia- limita no obstante su valor en las cuestiones relativas a los actos jurídicos.

##### 5. Excepciones a la *epikeia*. *Lex y negotia*

La opinión suareciana al respecto, que en buena medida le singulariza frente a sus contemporáneos, se expresa con claridad en especial cuando se detiene en las leyes irritantes. Esto es, aquellas (leyes o costumbres) que invalidan directamente prohibiendo o las que determinan y ordenan una determinada forma para el acto jurídico<sup>313</sup>. Suárez dedica a este específico asunto el cap. XXIII del Libro V de *De Legibus*. Y comienza por explicar que, al igual que en todas las demás leyes la cuestión se reduce a saber si puede o no haber lugar a la interpretación de la voluntad del legislador y conjeturar acerca de su intención. La *communis opinio* sostenía, recurriendo a la equidad, que aunque las leyes declarase nulo el acto, esta medida quedaba sin efecto si el resultado era un beneficio para quien lo había ejecutado (p. ej., el contrato celebrado por menores). Sin embargo, el jesuita sostiene la opinión contraria argumentando que al ordenar tales normas (ley, costumbre) una “forma sustancial” para los contratos humanos, o más directamente, prohibir su realización declarando su invalidez y nulidad, no cabe en modo alguno la *epikeia* porque, especifica, en tales casos, “jamás puede ir contra las palabras de la ley”<sup>314</sup>. La cuestión es clara: una forma establecida es sustancial para la validez del negocio, luego en ningún caso cabe excepción cuando tal forma, que es inmutable, no se respeta.

Sucede de igual modo con la voluntad en el supuesto de las leyes prohibitivas. Tales leyes invalidan la voluntad e inhabilitan al sujeto, por consiguiente, tampoco cabe aquí la *epikeia*. La razón es simple en este caso: la *epikeia* se aplica sobre la obligación y excusa de la misma, pero ni otorga poder ni lo quita, porque esto, continúa, sólo puede

---

<sup>313</sup> SUÁREZ, *De Legibus*, Libro V, cap. XXV, 1. Para este tema es especialmente interesante el artículo de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, “Las *leges irritantes* en *De Legibus* de Francisco Suárez como normas de competencia”, ahora en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)

<sup>314</sup> “Sic dicimus, actum irritum per legem simpliciter & absolute non posse unquam valide fieri contra verba legis”. Ibi, L. V, XXV, 2

hacerse a través de un acto positivo que lo contemple expresamente. En todo caso, afirma que hay que “atenerse a la regla dada” y esta regla será tanto más cierta cuanto más grave sea la materia de la ley. La conclusión, entonces, va de suyo: “si el contrato esta ya hecho y en realidad fue inválido por falta de solemnidad, después no cabe *epikeia* ni razón ni equidad”, ni siquiera atendiendo al resultado. La única posibilidad de revalidarlo será a través de una ley que contemple tal excepción, pero esto, añade, no es razón de *epikeia*, sino de derecho.

Así pues, a pesar de la sutil distinción entre prohibición –que admite la excusa de la ignorancia o impotencia moral- en la que sí es posible la *epikeia*- e invalidación –que no requiere la voluntad del súbdito sino que más bien produce en éste impotencia e inhabilitación- en que si cabe alegarla, la respuesta negativa es taxativa. El motivo es igualmente claro: tratándose de leyes que imponen una forma sustancial en los actos y negocios jurídicos, la uniformidad es necesaria. Para el bien común es conveniente que sean observadas íntegramente, sin violaciones, por dos explícitas razones. En primer término, porque ahí, en las leyes irritantes prohibitivas, “las palabras son expresas y precisas” y, en segundo, porque si se admitiesen excepciones, se abriría una puerta que redundaría en perjuicio de la misma *lex*.

El razonamiento, en cualquier caso, es coherente con su teoría de la ley y su entendimiento de la intención del legislador<sup>315</sup>. En este concreto tema, Suarez avanza considerablemente respecto a la doctrina medieval que, como ya se ha expuesto, únicamente distinguía entre *mens* y *verba*, intención y palabras. El teólogo-jurista además de diferenciar la materia –signo- y el significado –vehículo de transmisión de la *mens* del legislador-, añade otros dos elementos de altísima importancia: la voluntad y la razón, aspectos completamente autónomos que, según afirma, habían confundido los juristas medievales, comenzando por Bártolo y el propio Baldo. Y, sin embargo, para él son claramente discernibles en la medida que la voluntad o intención determina “lo que quiere el legislador”, en tanto que la razón es la causa de la ley, lo que realmente le “mueve” para su creación.

Por la voluntad, indica, el legislador no sólo demuestra que quiere otorgar la ley, sino también “cuanto” quiere obligar por ella, ya que se sobreentiende que toda ley es obligatoria *per se*. De esta premisa se desprende que es la voluntad del legislador la

---

<sup>315</sup> Ibi, L. III, cap. XX, *passim*

causa eficiente de la ley (y es digna de subrayarse aquí su aproximación en este concreto tema a los humanistas franceses de finales del XVI, como Corasius, que directamente calificaban al rey de causa eficiente de la ley), por una parte. Por la otra, especialmente relevante para el propósito de este trabajo, que la razón-motivo por la que se otorga la misma no es la forma intrínseca que adopta puesto que toda ley se manifiesta mediante una señal sensible respecto de la cual la voluntad del legislador se hace extrínseca<sup>316</sup>.

Ante estas dos visiones tan contrapuestas, resulta interesante como conclusión la posición intermedia de Soto, una de las autoridades citadas por Vázquez de Menchaca. Para este dominico, en efecto, “el fin de las leyes que regulan la voluntad del contrato es obrar contra todo fraude y engaño<sup>317</sup>. Sin embargo, es de señalar que, no obstante defender que las leyes humanas obligan hasta en conciencia, no duda en afirmar que el rigor del derecho civil puede ser suavizado en determinados casos porque “cuando el Derecho civil se pone en contra del Derecho Natural, es menester ponerse de parte del Derecho Natural”, id. est, de la equidad.

Como es sobradamente conocido, para todos estos juristas medievales y altomodernos, a pesar de las discordancias, a veces profundas, y no obstante el distinto valor concedido a la *aequitas-epikeia*, la interpretación –sea quien fuere quien la llevara a cabo, esto es, autorizado o no, y sea cual fuere su clase- es consustancial al propio derecho, como va de suyo en un “derecho de juristas” con el fin de procurar seguridad, incluso del tráfico mercantil, en el complejo marco de la antropología católica que inspiraba todo el sistema aportándole racionalidad. Con todo, en mi opinión, es, asimismo, posible percibir en sus elaborados razonamientos y argumentos la idea de la *comprehensión*. Es decir, la operación cognoscitiva que no sólo supone una “reconstrucción intencional de las objetividades del texto” sino incluso “ir más allá de lo que está de hecho contenido en el estrato objetivo de la obra”<sup>318</sup>. Desde esta perspectiva fueron, en cierto sentido, recreadores –en el contexto de su propio universo doctrinal- de las normas para responder a las demandas sociales y, en más de un

---

<sup>316</sup> Ibi, XX, 9

<sup>317</sup> DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure libri decem*, 1556. Uso la edición facsímil. Madrid, IEP, 1968, L. IV, q. 5, art. III. Vid también el art. IV. El tratamiento de Soto merece una mayor atención que aquí no se presta porque excede la amplitud de este trabajo

<sup>318</sup> INGARDEN, *La comprensión*, p. 56

aspecto, precursores de, por lo menos, las actuales corrientes del “intencionalismo” y “conceptualismo”.

# **“CUANDO LA DESIGNACIÓN DE HEREDERO NO RESULTA CLARA: SUPUESTOS Y REGLAS COMPLEMENTARIAS DE INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA”**

**MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA \***

**Profesora Agregada, Titular acreditada, de Derecho Civil**

**Universidad Francisco de Vitoria**

**SUMARIO. I. TESTAMENTO: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 1.1. Concepto. 1.2 Naturaleza jurídica. II. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA. III. LÍMITES Y MEDIOS DE INTERPRETACIÓN. 3.1. Límites. 3.2 Medios de interpretación. 3.2.1. Premisa de partida: *in claris non fit interpretatio*. 3.2.2. Interpretación. IV. OBJETO de la INTERPRETACIÓN: INSTITUCIÓN DE HEREDERO. 4.1. Disposiciones testamentarias. 4.2. La institución de heredero. 4.2.1. Designación heredero/ legatario. 4.2.2. Certeza del favorecido. 4.2.3. Concurrencia de varios herederos. V. LA INTERPRETACIÓN EN LA DESIGNACIÓN DE HEREDERO INCIERTO. VI. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO CUANDO LA DESIGNACIÓN DE HEREDEROS ES MÚLTIPLE. VII. RECAPITULACIÓN**

## **I. TESTAMENTO: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA**

La ponencia que voy a abordar a continuación trata de analizar la importancia y las peculiaridades de la interpretación en un negocio jurídico muy concreto, con características propias, que hace que también la interpretación del mismo sea, en cierto

---

\* Licenciada en Derecho y Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora agregada de Derecho civil, acreditada como Titular, de la UFV.

Autora de diversos varios libros y numerosos artículos científicos. Premio Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 2005; Accésit Premio del Centro Estudios Financieros 2011, y un sexenio de investigación reconocido (2004-2011). Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española, y colaboradora habitual de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Correo electrónico: [maria.goni@ufv.es](mailto:maria.goni@ufv.es)

modo, especial y se aleje, o se caracterice, por una serie de reglas bien distintas de otros negocios jurídicos inter vivos.

Voy a tratar de poner de relieve las peculiaridades de la interpretación del testamento.

El testamento como todo negocio jurídico supone una declaración de voluntad expresa y precisa, por tanto, de una interpretación. Esta interpretación, al igual que en otros negocios jurídicos, a veces consistirá en señalar la coincidencia entre el sentido aparente y el real, pero, en otros casos más complejos, consistirá en otorgar un sentido distinto al aparente, por no coincidir con el real, y también, incluso, habrá que completar la expresión literal que se ha recogido en el testamento, pues este puede resultar insuficiente.

Esta labor interpretativa adquiere tintes diversos por la peculiaridad del objeto interpretado: el testamento. Por ello, y en primer lugar, hay que pararse a analizar las - de ya de todos conocidas- características de este especial negocio jurídico, que hacen especial su interpretación.

### **1.1. Concepto**

El testamento es, siguiendo lo dispuesto por el art. 667 CC, el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos.

Por lo tanto, rigen los rasgos de patrimonialidad y *post mortem*. La STS 8 julio 1940 define el testamento y su naturaleza jurídica.

### **1.2. Naturaleza jurídica**

De la propia redacción del art. 667 CC y del 658CC se deduce que el testamento es un acto, un negocio jurídico, toda vez que supone una declaración de voluntad privada dirigida a la reglamentación de una situación jurídica: la que se produce tras la muerte del causante con respecto a sus bienes, derechos y obligaciones.

Para que sea calificado como verdadero testamento, es necesario que se manifieste en el mismo una verdadera intención de testar, no bastando con un simple esbozo o proyecto, sino que es necesario un acto definitivo en el que el causante disponga eficazmente. En su propio concepto ya se hace necesaria una interpretación.

## II. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA

- a) Es un acto unilateral. Obra de una sola persona, no interviene la otra parte (art. 669 CC). Va a influir sin duda en la interpretación, pues por esta característica no pueden aplicarse al mismo los criterios objetivos de interpretación de los contratos que buscan el acuerdo de las partes. Es solo una voluntad la que hay que interpretar, porque solo una persona emite su voluntad.
- b) Consiste en una declaración de voluntad no recepticia. No es necesario que sea conocida por sus destinatarios (herederos) para desplegar su eficacia. Incide en el rasgo unilateral.
- c) Es *mortis causa*, lo que impide contar con el concurso del testador para entender el alcance y significado de sus palabras y voluntad.
- d) Es un acto unipersonal: se prohíben en Derecho común los testamentos mancomunados, o contratos sucesorios.
- e) Estrictamente personal (670 CC). Personalísimo. Lo que supone que normalmente no se puede contar con la intervención de terceras personas que puedan completar la voluntad del causante. Su carácter personalísimo impide adicionar o completar el texto que se presenta a interpretación.
- f) Es un acto formal o solemne (art. 687 CC). Esta es una importante característica, pues no cualquier declaración puede considerarse un testamento, y por lo tanto, la forma esencial y su carácter formal van a delimitar mucho la interpretación básica del mismo; son necesarias para saber en primer lugar si hay o no testamento, y a partir de ahí, poder desarrollar su contenido. Además, hay que atenerse en su interpretación únicamente a lo escrito, pues eso es el testamento esencialmente. No puede, al igual que en el punto anterior, completarse la voluntad con otros medios o actos.
- g) Esencialmente revocable (art. 737 CC). Lo que, desde mi punto de vista, hace pensar que lo que allí dispuso el testador es lo que quería, pues si no, lo habría revocado fácilmente.

Con estas características, como veremos luego, la interpretación del negocio jurídico adquiere tintes independientes, haciéndose una sub especie dentro de aquella.



### III. LÍMITES Y MEDIOS DE INTERPRETACIÓN

Corresponde que analicemos ahora cuáles son los límites de dicha interpretación, hasta donde se puede llegar tratando de averiguar quién es el heredero, y qué medios de interpretación se disponen en esta especial interpretación mortis causa.

#### 3.1 Límites

Está claro que al interpretar un testamento no podemos inventarnos lo que no está escrito, y no se puede cambiar lo que realmente pone el testador, precisamente por su carácter formal y unilateral. El intérprete en ningún caso puede forjar o construir una disposición nueva, si no ha sido formulada.

El testamento es objeto, medio y, a su vez, límite de la interpretación, por su carácter formal, que exige que esta se limite a lo escrito y recogido en el mismo.

Es más, un error obstativo probado, ni siquiera daría validez a lo contrario de lo que allí aparece escrito. Piénsese, por ejemplo que en el testamento ponga: “Sea Pepe mi heredero”, y se prueba que quiso decir Antonio, pues bien ese error obstativo, no anularía la declaración.

No se puede en ningún caso suplir la voluntad manifestada del testador.

Pero eso no quiere decir, como ahora veremos, que no quepa la integración de la misma cuando sea dudosa, o que no quepa integrar lo accidental, pero en ningún caso cabrá integrar lo principal; la institución de heredero no puede suplirse o inventarse.

#### 3.2 Medios de interpretación

##### 3.2.1. Premisa de partida: *in claris non fit interpretatio*

Cuando hay claridad no es necesario interpretar. Esto sería el punto de partida para toda interpretación testamentaria. Si el testamento está claro, no hay interpretación. Y esa claridad debe reflejarse y colegirse de lo escrito y expresado, de la literalidad del testamento.

La antigua STS 3 junio 1942 establece o recoge esta idea de forma clara: “cuando el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, habrá el Juzgador de atenerse a ese literal contexto”.

Pero, hemos de decir que para llegar a esa conclusión de no necesidad de interpretación, hay que examinar e interpretar que todo está claro, y por tanto, examinar esa literalidad para averiguar si es correcta y clara, y en definitiva, interpretar. Por eso, es necesario, aún y todo, llevar a cabo una interpretación.

### **3.2.2. Interpretación**

Pero si se deduce que cabe interpretación porque algo no está claro, las reglas a seguir serán:

#### **a) Fin de la interpretación: voluntad causante**

El artículo 675 CC<sup>319</sup> regula la interpretación del testamento y en este precepto rige el principio de la supremacía de la voluntad del testador. Averiguar la voluntad del testador es el fin de la interpretación del testamento.

Es la regla básica en la interpretación testamentaria, y consiste en buscar y conocer cuál es la verdadera voluntad del causante (STS 19 diciembre 2006). Lo esencial es identificar cuál fue la voluntad del testador, el intérprete no puede constreñirse por las palabras o declaraciones contenidas en el testamento sin más. Y debe averiguarse cuál fue la voluntad en el momento en que efectuó la disposición, y no en otro posterior, que se deduce de actos o palabras antes del fallecimiento pero no recogidos en el momento de otorgar el testamento y ello por el carácter formal del testamento que restringe el objeto de interpretación a lo expresado, a la voluntad declarada y manifestada, aunque sea de forma defectuosa o incompleta.

#### **b) Medios de interpretación**

Para conseguir averiguar cuál es la voluntad real del testador, el interprete puede servirse de distintos medios intrínsecos y extrínsecos.

#### **INTRÍNSECOS:**

##### **1. Elemento gramatical o literal:**

---

<sup>319</sup> Art. 675 CC:

“Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley”.

Como ya hemos dicho, y como afirma el propio 675 CC, esa búsqueda de la voluntad del testador, esa interpretación subjetiva, debe partir siempre y en primer lugar de lo recogido y expresado en el testamento; es decir, ha de estarse, en primer lugar, a la literalidad del testamento, “al tenor” del mismo. Por lo tanto, hay que atenerse a lo que en él se dispone y cómo se disponga. Debe interpretarse de forma literal y buscando la verdadera voluntad del testador.

Sería el elemento gramatical, ateniéndose al sentido literal de las palabras expresadas (análisis de los términos o palabras expresados, en su literalidad), pero también, sin olvidar, como ya hemos dicho, el elemento subjetivo, la verdadera voluntad del testador, que es la que debe regir esta interpretación.

Así, la STS 6 febrero 1958 afirma que “la interpretación de los negocios jurídicos *mortis causa* ha de hacerse en función subjetiva de la voluntad del causante, que es la que da vida al acto en sus consecuencias jurídicas ulteriores al óbito, voluntad manifiesta en signos o palabras escritas o simplemente pronunciadas en determinados casos de excepción que, en general, responden a la intención de aquel, indagada por el intérprete a través del elemento gramatical conocido, no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en que se halla nucleado el agente, sino en el propio y peculiar de este al referirse concretamente a sus bienes y derechos en la vida de relación, ya que en otro supuesto podría incidir el Juzgador en la grave falta de sustituir la voluntad real con otra no conocida con exactitud”.

Por lo tanto, hay que fijarse en el elemento gramatical, no solo literal, sino atendiendo al significado de las palabras expresadas, según las particularidades semánticas del propio causante. Es decir, colocando la literalidad junto con el elemento subjetivo, situando la intención o voluntad realmente querida por el declarante en el primer plano.

En este sentido, es por ejemplo gráfico el supuesto de la STS en la que el testador dejaba los “muebles” como legado, y se discute sobre el sentido del mismo, pues el sentido literal/ vulgar implica el mobiliario de la casa, mientras que su sentido técnico jurídico es mucho más amplio, como recoge el 335 CC.

La voluntad del testador a través de la literalidad del testamento es la regla general interpretativa: art. 675 CC.

## 2. Otros medios o elementos de interpretación:

Excepción: Cabe separarse del tenor literal cuando exista diferencia entre lo querido y manifestado<sup>320</sup>.

Solo puede apartarse de ella –de la voluntad literal del causante-, y solo se puede acudir a otros medios que prueben la verdadera voluntad del causante, cuando, esta se haya expresado de modo oscuro, ambiguo, y a lo expresado en el testamento ha de darse el sentido que corresponda según las circunstancias personales y sociales convenientes (SSTS 18 julio 1998, 1 junio 1985, 24 marzo 1982, 3 junio 1946, 5 junio 1979). O también cuando siendo claro el significado de las palabras, estas tengan un sentido discutible.

En esa interpretación caben nuevos elementos o medios, como son:

- a) Elemento sistemático. Cabe la interpretación sistemática ateniendo a la totalidad del testamento. Los testamentos deben interpretarse de forma global, contemplando todo el conjunto, y no puede interpretarse una cláusula de forma aislada, sino en relación con el resto del documento (STS 3 marzo 2009). Habrá que apreciar las declaraciones testamentarias en su conjunto, tratando de armonizar el sentido de todas ellas (SSTS 23 octubre 1925, 6 mayo 1944, 3 enero 1961, 29 octubre 1968) y por analogía con 1285 CC.
- b) De igual manera, se puede acudir al medio o elemento lógico, o interpretación lógica. Este elemento supone defender el *favor testamenti*, es decir, interpretar las disposiciones en el sentido de que el testador quiso realmente testar, disponer de sus bienes y derechos para después de su muerte a favor de una/s persona/s determinada/. Por lo tanto, hay que buscar una interpretación que busque la vigencia y validez del testamento (analogía 1284 CC).
- c) También cabe acudir al elemento histórico, atendiendo al momento en que se otorgó el testamento, tanto a nivel personal del testador (atendiendo a sus concretas circunstancias personales, edad, formación, familiares, del momento),

---

320 En este sentido, véase CÁMARA LAPUENTE, S.: “[STS18 de julio de 1998. Interpretación del testamento. Prevalece la voluntad real del testador sobre el tenor literal en una cláusula contradictoria: legado \(prelegado\) o adjudicación particional. Herencia indivisa. administración de la herencia. Sustitución](#)”, en [Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil](#), N° 49, 1999, pp. 67-92.

como sobre todo a la realidad jurídica y normativa existente en el momento de otorgar el testamento<sup>321</sup>.

d) El elemento finalista o teleológico, que atiende al fin o finalidad perseguida por el testador.

e) La jurisprudencia y la doctrina han admitido, incluso, la posibilidad de una llamada interpretación integrativa de la disposición testamentaria. Cuando las cláusulas del testamento se revelan como inexpresivas, su sentido literal puede ser desenvuelto e integrado por el juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario, o lo que es igual, del tenor del mismo testamento, del cual pueda extraerse por modo claro la verdadera y completa voluntad del disponente. Es evidente que esta integración supone un riesgo: el de convertirse en una disposición que se atribuye al testador.

Esta integración debe hacerse siempre conforme al propio lenguaje del testador y las circunstancias personales y sociales, hay que dar a las palabras del testador “el sentido que sea más conforme con la situación, ideas y hábitos del testador” (STS 3 junio 1942). Acudiendo, a veces, a medios intrínsecos, como se acaban de explicar y otras a medios extrínsecos.

Es importante subrayar que no existe jerarquía entre los medios interpretativos, no hay orden de prelación a la hora de utilizar uno u otro criterio interpretativo, y todos ellos son válidos a la hora de averiguar la verdadera voluntad del causante.

Por lo tanto, y a modo de resumen, podríamos decir que los medios a los que debemos acudir para interpretar un testamento son:

1º Elemento subjetivo (voluntad): si existen dudas sobre lo manifestado y querido, debe prevalecer querido.

2º Elemento gramatical y objetivo: si no hay duda entre lo manifestado y querido.

---

321 Véase VIVAS-TESÓN, I.: “[Interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento](#)”, en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, N° 13, 2004, pp. 335-346.

3º Elementos lógico, sistemático, histórico: cuando aparezca claramente que lo querido es claramente contrario a lo manifestado, o existen varios significados, o dudas.

Pero no en orden de prelación, si no según las circunstancias ante las que nos encontremos.

#### EXTRÍNSECOS:

Se trata de analizar si el intérprete testamentario puede acudir a declaraciones, actos o hechos del testador fuera del testamento para indagar su verdadera voluntad. Es decir, si se admiten o no pruebas extrínsecas. Se corre el riesgo, al igual que con la interpretación integrativa, de «crear» disposiciones testamentarias, pero, en general, hoy en día se admiten sin duda.

Esta posibilidad había sido negada por parte de la doctrina anterior, así como prohibida en una ocasión por el Tribunal Supremo, en STS 11 abril 1958, basándose en el carácter formal y no recepticio del testamento, lo que impide “salirse” del mismo para averiguar la voluntad del testador.

Sin embargo, hoy, la mayoría de la doctrina<sup>322</sup>, así como numerosas resoluciones jurisprudenciales, admiten sin problemas que se puede acudir a otro tipo de medios extrínsecos, precisamente para facilitar el averiguar la verdadera voluntad del testador, que es lo que se pretende en definitiva.

A) En concreto, caben y se han admitido como medios extrínsecos los siguientes:

- a) Declaraciones escritas.
- b) Proyectos de testamento.
- c) Situaciones familiares del testador.

---

322 Sobre la posibilidad o no de admitir medios extrínsecos de interpretación testamentaria, véase: GONZALEZ PACANOWSKA, I.: “[Interpretación del testamento. utilización de medios extrínsecos: aplicación de normas sobre interpretación de los contratos](#)”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 14, 1987, pp. 4669-4676; MARTIN CASALS, M.: “[Interpretación de testamento. Posibilidad de acudir a los medios de prueba extrínsecos a la voluntad testamentaria. Revocación del testamento. Legado de cosa ajena](#)”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 7, 1985, pp. 2347-2356; MESTRE RODRÍGUEZ, M.L.: “[Sentencia de 21 de enero de 2003: mejora y legado. Institución condicional o modal. Interpretación del testamento: utilización de medios extrínsecos](#)”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 62, 2003, pp. 609-621.

- d) Costumbres, hábitos, actos, ideas, y modos de expresarse del testador (SSTS 8 julio 1940 y 3 junio 1942).
- e) Conducta del testador (ej STS 23 octubre 1925, se prueba la enemistad del testador con sus familiares y en consecuencia se modificó el testamento).
- f) Planos de un inmueble que facilitaba aclarar el contenido de un legado (STS 18 junio 1979).
- g) La prueba testifical es más dudosa, pero en general se admite los testimonios de notarios autorizantes y albaceas que conocieron la voluntad testamentaria. Aunque en este caso, cabe plantearse entonces el por qué no se relejo entonces en el testamento...

Si todos estos actos son coetáneos, no parece existir ninguna reticencia a su admisión, pero, se plantea la doctrina si el hecho de que fueran posteriores, (por ejemplo, testamentos posteriores que no revocan explícitamente otro anterior, o actos o conductas posteriores no reflejadas en el testamento) impide que sirvan para probar la verdadera voluntad. Es un tema no resuelto totalmente y existe una postura que entiende que si esos actos son posteriores y no se han recogido en testamento, al ser este un negocio formal, no deben probar otra voluntad distinta. Sin embargo, yo considero que habrá que estar al caso concreto y si se prueba que la verdadera voluntad es esa, deberían primar por encima de todo.

Por lo tanto, entiendo que cabe admitirse como medio de prueba aquellos actos externos que sean tanto anteriores, coetáneos o posteriores al otorgamiento del testamento.

B) ¿Pueden aplicarse las normas de interpretación de los contratos a la interpretación testamentaria?

Por su distinta naturaleza habría que decir que no, no se puede, en principio, aplicar los criterios objetivos de interpretación contractual, (arts. 1286-1289 CC), pues se basan en los principios de autorresponsabilidad del declarante y confianza del declaratario que, como sostiene la jurisprudencia del Supremo: “a diferencia de lo que ocurre en los negocios jurídicos inter vivos, en que al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también un punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real, exacta o la menos probable de dicho testador, a causa,

precisamente de que no cabe imaginar un conflicto de intereses entre los sujetos de una relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores” (STS 28 enero 1985).

Sin embargo, y para parte de la doctrina y de la jurisprudencia, de forma supletoria, pueden aplicarse a los testamentos varias de las normas interpretativas contractuales: todas las subjetivas (1281-1283 CC), las reglas del 1284 y 1285, aunque, en general, se rechazan las objetivas (1286-1289 CC).

Subjetivas: Están basadas en la común intención de los contratantes. Estas no se aplicarían de forma literal, pero creemos que algunas de ellas sí caben analógicamente, sustituyendo la voluntad común, por la unilateral

- Art. 1281.1 CC: Coincide con el elemento gramatical en el testamento, y la literalidad que rige su interpretación. Igual ocurre con el art. 675 CC. La regla segunda es de difícil aplicación en el testamento, y la primera condicionada solo a la voluntad del testador que debe buscarse incansablemente, y no se puede ver limitada por exigencias o contra cláusulas del otro.
- Art. 1282: Caben como medios extrínsecos a la interpretación del testamento, los actos del testador, anteriores, coetáneos y posteriores.
- Art. 1283: No puede interpretarse lo dispuesto en el testamento como cosas distintas de lo que quiso realmente el testador. Tengo dudas de su aplicación al testamento, porque este artículo previsto para contratos, habla de la voluntad de lo que las partes se propusieron, del acuerdo coincidente, por lo tanto no se si cabe aplicarlo a un negocio unilateral como es el testamento, sin acuerdo de voluntades.

Las reglas contractuales que más se aplican en la interpretación testamentaria son, sin embargo:

- Art. 1284 CC: equivalente al *favor testamenti*. Hay que interpretar a favor de mantener el testamento, de que haya realmente testamento que sea eficaz. Interpretación lógica.
- Art. 1285 CC: canon hermenéutico de la totalidad, equivalente a la interpretación sistemática del testamento<sup>323</sup>.

---

<sup>323</sup> Artículo 1281: Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas.



Objetivas: su aplicación analógica es la más discutida, por basarse en los contra intereses que rigen todo contrato, están recogidas en los arts. 1286 - 1289 CC. Probablemente, sea la regla del 1289 CC la que pueda aplicarse para los legados, que se interpretarán y resolverán a favor de la menor atribución de derechos e intereses, sin embargo, tengo dudas sobre su aplicación<sup>324</sup>.

En definitiva, para conseguir el fin de la interpretación que es averiguar la voluntad del testador, caben tanto medios intrínsecos como extrínsecos, siempre que aporten luz a la verdadera voluntad Testador.

#### **IV. OBJETO de la INTERPRETACIÓN: INSTITUCIÓN DE HEREDERO**

Toda interpretación tiene un objeto y unos medios para llevarse a cabo; en nuestro caso, el testamento -con las características que se acaban de mencionar- es el propio objeto de la interpretación.

En este caso, y como luego veremos, además de ser el objeto de la interpretación, es el medio principal de la misma, lo que confiere, una vez más, una especialidad respecto a ella.

---

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Artículo 1282 CC: “Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”.

Artículo 1283 CC: “Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar”.

Artículo 1284 CC: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

Artículo 1285 CC: “Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

<sup>324</sup> Artículo 1286 CC: “Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato”.

Artículo 1287 CC: “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”.

Artículo 1288 CC: “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”.

Artículo 1289 CC: “Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”.

Pero dentro del testamento, vamos a delimitar un poco más, en esta exposición, el objeto de interpretación al que nos vamos a referir.

Es ese negocio jurídico formal y unilateral el que debe interpretarse, pero el testamento tiene un contenido necesario y básico: las disposiciones testamentarias que, a su vez, serán objeto de interpretación más concreta. Es decir, se va a interpretar - cuando fuera necesario- cada una de las disposiciones testamentarias que lo componen. ¿Y cuáles son estas?

#### **4.1. Disposiciones testamentarias**

El testamento debe recoger las disposiciones de última voluntad del causante en cuanto a sus bienes, sus relaciones familiares y ciertos intereses extra patrimoniales, además de dar una serie de normas instrumentales para el cumplimiento de aquellas.

De este modo, podemos afirmar que el testamento tiene o puede tener los siguientes contenidos:

##### **a) Las Disposiciones normales o típicas:**

1. La institución de heredero. Es la institución principal.
2. Los legados.
3. Disposiciones instrumentales: albaceas, contador-partidor...

##### **b) Las Disposiciones anómalas típicas o atípicas:**

1. Típicas<sup>325</sup>: Estas son disposiciones que, a pesar de su carácter anómalo, pues no siempre se encuentran en los testamentos, están perfectamente reguladas en el

---

<sup>325</sup> Disposiciones anómalas típicas:

Art. 747 CC: «Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia».

Disposiciones a favor de los pobres: (art. 749 CC): «Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado».

Código Civil y son: las disposiciones a favor del alma (art. 747 CC), las disposiciones a favor de los pobres: (art. 749 CC), donde se establece una clara regla aclaratoria, o interpretativa de la voluntad del testador; las disposiciones a favor de los parientes (art. 751 CC), que es otra regla aclaratoria y por último las disposiciones sobre el propio cadáver.

## 2. Atípicas:

Disposiciones sobre correspondencia epistolar, derechos de autor, constitución de una fundación, designación de un tercero beneficiario contrato de seguro...

### c) Y en ciertas ocasiones, los actos jurídicos mortis-causa:

No constituyen exteriorización de una voluntad, como la confesión de deuda, o la pertenencia a otro de una cosa legada.

## **4.2. La Institución de heredero**

Pues bien, de todas estas disposiciones que componen el testamento, nuestro estudio se fija solo en una de ellas, precisamente la más importante y donde es más necesaria a veces la interpretación, pues sin ella, no hay realmente verdadero testamento: La institución de heredero. Este es el objeto de interpretación concreto que se va a analizar.

### **4.2.1. Designación heredero/ legatario**

Es heredero quien sucede a título universal al causante, es por lo tanto un instituido que sucede en la totalidad del patrimonio al causante. No debe confundirse con el legatario, que es quien sucede a título particular; en bienes ciertos y concretos. Es por tanto, la forma de sucesión y no la denominación que utilice el testador lo que sirve de criterio de distinción entre ambas instituciones hereditarias.

No obstante, habrá que estar a la verdadera voluntad del causante y lo que quiso disponer para saber si estamos ante un sucesor a título universal o particular, no bastando sin más el vocabulario escogido. Aquí, por lo tanto, y para distinguir si en un determinado supuesto estamos ante un heredero o un legatario, se hace esencial la

---

Disposiciones a favor de los parientes (art. 751 CC): «la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado».

interpretación, pues como se acaba de decir, a veces, las meras palabras no son suficientes, al no significar, o recoger la verdadera voluntad del causante.

Tampoco se puede olvidar que existen figuras que inducen a la confusión como son el legatario de parte alícuota, que sucede en esa parte como un todo al causante, similar al heredero, y la institución en cosa cierta y determinada (art. 768 CC), que aunque no se diga por el testador, será considerado como legatario.

Quitando estos aspectos más conflictivos, en principio, el heredero y el legatario son instituidos muy diferentes y que se diferencian claramente.

El Código Civil español, frente a la tradición romana, no exige para la validez de un testamento que contenga institución de heredero. En este sentido, el art. 764 CC afirma que «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o esta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos».

Si bien, la institución de heredero sigue siendo uno de los contenidos más importantes del testamento, pueden establecerse testamentos en los que no exista heredero como tal.

De esta forma el art. 668.1 CC establece que «el testador puede disponer de sus bienes a título herencia o legado», y añade el 763.1 CC: «el que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos», y complementa el art. 912 afirmando la procedencia de la sucesión intestada cuando «el testamento no contenga institución de heredero en todo o en parte de los bienes».

De todo esto se deduce que: Es posible un testamento sin institución de heredero; si no hay heredero, lo será el designado por la ley *ab intestato*, salvo que la herencia se reparta en legados. Si hay institución de heredero, no es necesario tampoco que comprenda todos los bienes.

Cabe, por tanto, una institución de heredero, una institución de heredero parcial y otro *ab intestato*, o heredero parcial con legatarios, o que no exista heredero por repartirse la herencia en legados, o porque simplemente no se haya designado ninguno.

Este es uno de los puntos donde cabe interpretación en la designación de heredero: ¿es heredero o es legatario?

#### **4.2.2. Certeza del favorecido**

Otro de los objetos de interpretación dentro de la disposición testamentaria de designación de heredero, es la relativa a la certeza del heredero. Es decir, hay nombrado un heredero como tal, se corresponde con la figura de sucesor universal, pero no hay certeza o existe duda sobre si la persona designada es realmente la que se quiere nombrar heredero, o es totalmente incierta e imposible saber a quién se refiere.

En estos casos, el Código Civil establece una serie de reglas que facilitan averiguar quién es el verdadero designado, y que inciden en la nulidad del testamento cuando sea a favor de persona incierta.

Establece el art. 750 CC que «será nula toda disposición testamentaria a favor de persona incierta...a menos que por algún evento pueda resultar cierta». En este último inciso cabría interpretación, o más bien integración, en cuanto que el testador no dice nada y hay que averiguar cuál fue la verdadera voluntad del testador, a quién quiso designar.

Para determinar correctamente al instituido, el art. 772.1 CC dice que «el testador designará al heredero por su nombre y apellidos y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido», si bien esto solo se aplica en caso de coincidencia de apellidos, y si no, como dice el segundo párrafo de este artículo, «aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse de quien sea el instituido, valdrá la institución».

Hay, por tanto, necesidad de certeza sobre la persona del instituido, si bien no es necesario que sea una persona concreta y determinada *ab initio*, sino que sea determinable conforme a lo establecido en el testamento.

De igual forma, confirmando la necesidad de certeza del instituido, el art. 773.2 CC, afirma que cuando sea imposible distinguir por sus datos y circunstancias a dos posibles herederos, que ninguno de ellos será el heredero final.

Pero, a veces, no queda claro, a pesar de las indicaciones de estos artículos, y en ese caso será necesario interpretar.

#### **4.2.3. Concurrencia de varios herederos**

También puede ocurrir que no es que sea incierto el heredero, si no que puede haber varios posibles, porque existe una concurrencia de varios llamados.

Cuando existan situaciones de concurrencia de varios herederos, el Código Civil da una serie de normas claves para solucionarla y unas presunciones de la voluntad del testador, que no son reglas de interpretación propiamente dichas, pero sí contribuyen a averiguar dicha voluntad.

En este sentido nos encontramos con las normas recogidas en los arts. 765, 769, 770 y 771 CC que establecen una serie de reglas que, a menudo, suplen la voluntad del testador, y que deben ser interpretadas correctamente como luego veremos.

En todos estos casos de concurrencia, está claro que cabe interpretación testamentaria, si bien, ya inducida o deducida de lo establecido en la propia ley, pero siempre deberá ser favorable a la verdadera voluntad del causante.

Como resumen a lo hasta ahora explicado, debemos señalar que cabe interpretación en la disposición de institución de heredero en varios supuestos diferentes, y estos son:

#### **QUIÉN ES EL HEREDERO:**

1. Si es heredero o legatario.
2. Quién es el verdadero heredero cuando es incierto.
3. Quién es el verdadero heredero entre varios posibles.

En el siguiente epígrafe nos vamos a centrar en analizar la interpretación en la designación de heredero en dos supuestos concretos: quién es el verdadero heredero cuando es incierto y cuando hay varios posibles herederos.

## V. LA INTERPRETACIÓN EN LA DESIGNACIÓN DE HEREDERO INCIERTO

Como ya hemos comentado antes, la interpretación del testamento se pone de manifiesto, como una auténtica necesidad, en la designación del heredero, para averiguar, cuando no resulta claro de las palabras del testador, quién es el heredero.

Y dentro de esa designación de heredero puede ocurrir que no se sepa quién es el heredero porque este es incierto, -no se ha designado con nombres y apellidos, o con las suficientes características para determinar quién es, aunque se ha dicho algo; o bien, porque hay varios y no se sabe cuál de ellos lo es, o si lo son todos.

Nos centramos en ahora en la primera opción: El heredero es incierto, porque su designación no ha sido suficientemente clara.

Supongamos entonces que el testador ha designado como heredero a una persona, pero no queda lo suficientemente claro de a quién se refiere. Por ejemplo: “sea mi heredero el hijo de mi hermano que demuestre mayor virtud”, hay varios hijos de varios hermanos y ¿cómo probamos la mayor virtud?

En estos casos hay que acudir a los medios de interpretación que hemos citado: la voluntad del testador según sus palabras y tenor literal, época y medio en el que vive, y el resto de las disposiciones testamentarias. Hay que atenerse a estos medios, aplicarlos de forma estricta, y no sobrepasar nunca los límites de “crear” disposiciones, apartándonos de lo realmente querido por el testador.

Vamos a comprobarlo con un caso real, conocido, que levantó polémica doctrinal, pues, a mi modo de entender, el Juez no aplicó correctamente los medios de interpretación testamentaria en la averiguación del heredero incierto, se apartó de los mismos, y creó una nueva disposición, haciendo heredero a quien, probablemente el testador no quiso hacer<sup>326</sup>.

---

<sup>326</sup> Sobre esta sentencia y su análisis, véase: MORETON SAN SEGUNDO, F.: “Interpretación del testamento: intención y voluntad del testador”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 85, Nº 715, 2009, pp. 2651-2653.

Se trata del supuesto y hechos que dieron lugar a la conocida STC 27 abril 2010<sup>327</sup>. Los hechos fueron los siguientes:

Un testamento otorgado en 1927, cuyo testador fallece en 1945, contiene la siguiente cláusula de designación heredero y sustitución:

«Séptima: Y de todos sus bienes restantes, muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones presentes y futuros, instituye heredero universal a su hijo don José Antonio Lloret y Marcer, quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario sólo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán de pago de su porción legitimaria; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos D. Arcadio, D. Ramón, D. Antonio y D. Juan Lloret Mitjans, no a todos juntos sino el uno después del otro por el orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido; advirtiéndole que si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún hijo legítimo que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos».

Pues bien, el primer llamado y el segundo fallecen sin hijos, el llamado en tercer lugar falleció en 1995, antes que el primer llamado, y dejó dos hijas adoptivas. Estas hijas otorgan escritura de adjudicación por mitad de dos fincas rústicas objeto de la herencia. El registrador rechazó tal inscripción, al no considerarlas herederas, puesto que no eran hijas legítimas conforme a lo establecido en el testamento si no adoptivas. El instituido en 4º lugar, sí que obtuvo la inscripción de las dos fincas de la herencia, por entender que era el único y verdadero heredero.

Las hijas adoptivas del tercer llamado presentan una demanda reclamando el dominio de las fincas por título de herencia, y tanto en primera como segunda instancia

---

<sup>327</sup> Sí, sentencia del Tribunal Constitucional. Aunque la interpretación es una cuestión que corresponde a los tribunales de instancia, como ha reiterado la jurisprudencia constantemente, afirmando que el recurso de casación ante TS no puede convertirse en una tercera instancia del pleito en cuestión, y no se puede analizar de nuevo las pruebas, hay alguna STS, 3 marzo 2009, que afirma que, en temas de interpretación, aunque el Supremo no debe pronunciarse, dando válida la interpretación realizada en instancia, “cuando las soluciones a las que llega la Sala sentenciadora llevan a resultados absurdos o francamente contradictorios con la voluntad expresada en el testamento, debe revisarse dicha interpretación”.



es desestimado, por entender que los demandantes, al ser hijas adoptivas, no cumplían la condición de hijas legítimas que estableció el testador, ya que esa era su voluntad. El TS confirmó las sentencias de instancia, ya que se entendió que la voluntad del testador aparecía clara, tanto en su interpretación literal como en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento en que fue declarada (año 1927) o en el que se abrió la sucesión (año 1945). El deseo del testador era que no entraran en posesión de su herencia quienes no tuvieran la condición de hijos legítimos, a los que no se equiparaban los hijos adoptivos ni al tiempo del otorgamiento del testamento ni al de la apertura de la sucesión. Corresponde entonces, proceder al 4º llamamiento, siendo este el heredero.

En definitiva, se trata de un tema de interpretación testamentaria con designación de heredero no clara o incierta: ¿Quién el heredero? ¿Los llamados o los hijos legítimos de estos, en sustitución? ¿Y quiénes son los hijos legítimos? Eso es lo que hay que interpretar y averiguar.

Pues bien, las hijas adoptivas, plantearon recurso de amparo ante el TC, por entender que se había vulnerado el principio de igualdad, del art. 14 CE, precepto éste que se encontraba vigente en el momento de producirse el llamamiento de los sucesivos herederos tras el fallecimiento sin descendencia del instituido heredero fiduciario en primer lugar (1997). Mientras que los tribunales de instancia y el TS entendieron que la voluntad del testador hay que tratar de buscar e interpretar la voluntad del testador en el momento en que esta se otorgó (1925), donde los hijos legítimos solo eran los descendientes biológicos constante matrimonio.

El TC, a mi modo ver, obnubilado por el principio de igualdad, y su probable vulneración, ante lo chocante hoy en día de no considerar a una hija adoptiva como legítima, olvidándose de la interpretación, y la necesidad de buscar la verdadera voluntad del causante, concluye, que las herederas son las hijas adoptivas del tercer llamado, pues, a la luz de la legislación vigente, son también hijas legítimas, y afirmar lo contrario contradeciría el principio de igualdad. El TC estimó el recurso de amparo, y se basó en el principio de igualdad y en la prohibición de discriminación del art. 14, que alcanza claramente a la filiación, prohibiéndose la discriminación por razón de nacimiento, debiendo entenderse como absolutamente equiparables todas las modalidades de filiación, y alegando que con base en el art. 39. 3 CE, corresponde a los

poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos, que son iguales ante la Ley con independencia de su filiación. Por lo tanto, todo lo que quebrante esta unidad, vulnera el art. 14 CE, y debe prohibirse.

El razonamiento del TC es constitucional y jurídicamente impecable: nadie duda hoy de la absoluta igualdad y equiparación entre hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. Sin embargo, ese no era el debate suscitado, ni lo que se debería analizar. No estamos ante un problema de discriminación y vulneración del principio de igualdad, si no, ante un problema de interpretación testamentaria.

Considero que lo que se planteó en este asunto no es averiguar si los hijos adoptivos tienen los mismos derechos que los matrimoniales, y si ambos son o no legítimos, que lo son, sino saber, si el testador, en su plena capacidad y libertad de testar, quiso que unos nietos adoptivos fueran sus herederos o no (al margen de la legítima que les correspondiera, donde no cabe voluntad del testador). Derechos tienen los mismos, pero no todos queremos dejar nuestros bienes a todos, sino que hay libertad de elección y decisión, que es lo que hay que averiguar.

Como bien señala Manuel Espejo<sup>328</sup>, esta sentencia está excluyendo y obviando los criterios de interpretación testamentaria, haciendo prevalecer los criterios interpretativos del propio intérprete, sus valores constitucionales, sobre los criterios de interpretación testamentaria que buscan la verdadera voluntad del testador:

1. En primer lugar es discutible que haya hasta incertidumbre u oscuridad en la designación como heredero de los “hijos ilegítimos”, donde deba entrar el juzgador a interpretar (recordemos que solo entonces puede interpretarse). En aquel momento la expresión hijos legítimos (1925) era clara, tanto vulgar como jurídicamente: los hijos matrimoniales biológicos. Luego, a lo mejor pudiera pensarse que no hay ni un motivo de interpretación. Está claro el significado de las palabras y, en consecuencia, expresan la voluntad clara del testador.
2. Admitamos, no obstante, que cupiera interpretación en la designación de

---

<sup>328</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M: “interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril”, en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 25, enero-diciembre 2011, pp. 229-260.

herederos a los hijos legítimos, que esa designación fuera incierta. Habría que acudir a los criterios testamentarios de interpretación:

3. A) Tenor literal con la voluntad del testador: hijos legítimos. Esa es su voluntad. Si nos queda duda de qué significa, podemos acudir a los otros medios intrínsecos, predominando siempre el elemento subjetivo: B) La interpretación conforme a la voluntad del testador, y eso implica conforme al propio lenguaje del testador y las circunstancias personales y sociales, hay que dar a las palabras del testador “el sentido que sea más conforme con la situación, ideas y hábitos del testador”. Por lo tanto, en la época y momento en que se utilizó. De esta forma, una integración de la voluntad del testador, conforme al elemento histórico, nos llevaría a analizar el significado que dicha expresión tenía en el momento de manifestarse, conforme a la legislación vigente: 1925, y que se mantuvo incluso hasta la muerte (1945). En aquel momento “hijos legítimos” solo significaba: hijos biológicos matrimoniales, excluyendo a los adoptivos. C) Si tuviéramos que acudir al elemento sistemático, habría que analizar la disposición en conjunto con el resto, para ver si arrojaba más luz. Según estos criterios interpretativos, la voluntad del testador fue excluir a los hijos adoptivos, claramente.
4. Puede, no obstante, plantearse –como se hizo en el caso analizado- otro tipo de interpretación histórica que conduciría a interpretar la disposición según la legalidad vigente y la situación jurídica del momento en que ha de ejecutarse la disposición. Y esta sustitución fideicomisaria tenía que ejecutarse en 1997 con posterioridad a la CE 1978. Según esta nueva realidad jurídica vigente, dentro de la expresión “hijos legítimos” caben tanto los naturales como los adoptivos, sin que quepa diferencia entre ellos. Esta interpretación ha sido admitida por la jurisprudencia en varias ocasiones, y es la que adujeron las hijas adoptivas, entendiendo que el Juzgador había interpretado mal, cabiendo una revisión por el TC, al vulnerar un derecho fundamental. Esta interpretación vendría a decir que salvo que en el testamento conste lo contrario de forma inequívoca “no es la voluntad del testador establecer distinciones que resulten contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que su cumple la condición y ha de ser ejecutada”.

Sin embargo, no comparto esta interpretación histórica correspondiente al momento

de la ejecución porque se aparta –a mi entender– de la verdadera voluntad del testador, que era la auténtica cuando se formó y emitió, y por lo tanto cuando se otorgó el testamento. Decir que el testador, en 1925, quería que heredaran más personas de las que entonces eran los hijos legítimos, es un tanto absurdo, pues él no sabía, ni podía prever, que ese término iba a tener un significado más amplio y distinto 70 años después.

Como dice Espejo Lerdo de Tejada<sup>329</sup>, es un ejercicio de futurología atribuido al testador: “Parece que la presente proposición resulta errónea: ¿de verdad se está diciendo que el testador se debería plantear la evolución futura del ordenamiento para asegurarse de que su voluntad no resulta falseada por los que deben aplicarla? Obviamente, el testador medio, salvo alguno particularmente retorcido, al declarar su voluntad no puede tener presente el desarrollo futuro del ordenamiento para excluir su aplicación al testamento por un futuro intérprete del mismo. En las cuestiones de derecho imperativo será el legislador el que tenga que resolver lo procedente y de nada servirá una voluntad testamentaria contraria o favorable mientras que en las cuestiones de derecho dispositivo resulta difícil imaginar un mecanismo adecuado para que el testador manifieste inequívocamente apartarse de las consecuencias (desconocidas e imprevistas para él por definición) que un futuro intérprete pretenda deducir del ordenamiento. Hay una cosa cierta: a la vista de lo que era la adopción desde el punto de vista legal en 1927 (ni generaba filiación ni derechos sucesorios, ni se parecía en nada a la filiación legítima), cuando emite su declaración de voluntad, el testador jamás hubiera sospechado que se pudiera entender su testamento como ahora lo entiende el Tribunal Constitucional. ¿Habría de excluir el testador de forma todavía más inequívoca a los hijos adoptivos? Parece una exigencia excesiva. En cualquier caso, la gran distancia temporal entre la fecha del testamento y su ejecución no puede invocarse aquí para falsear la voluntad testamentaria: es problema del legislador definir en qué medida un testamento puede ser válido, y ninguna salvedad a su eficacia se hace en cuanto a la antigüedad del mismo; y también es cometido del legislador determinar en qué medida determinadas cláusulas testamentarias siguen proyectando su eficacia muchos años después de muerto el causante. Pero si nada en contra dice el legislador, tan respetuoso ha de ser el intérprete con un testamento otorgado el día antes del fallecimiento del testador y que se deba interpretar al día siguiente que con un testamento otorgado años

---

<sup>329</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., ob. cit., pp. 254 y 255.

antes del fallecimiento, o con aquel en el que alguna de sus cláusulas deba tener eficacia a una gran distancia temporal”.

Si aceptamos este argumento, y rechazamos la posibilidad de interpretar conforme al momento de ejecución de la sustitución fideicomisaria, la resolución del TC carece de sentido y caería por su propio peso, pues no habría desigualdad alguna, e incluso dicha solución podría ser arbitraria y vulneraría claramente la voluntad del testador. Cuestión distinta es que en el testamento solo se hubiera dicho “hijos”, ahí si cabría interpretar si eran todos o solo los legítimos en aquel momento.

Por último, y en consecuencia, tampoco cabe alegar aquí, como hace el TC, que haya que interpretar conforme a la igualdad constitucional, que impone la equivalencia de la filiación y prohíbe la discriminación por ese motivo. Aunque todos los hijos sean iguales, nada impide al testador, en su libre albedrío y voluntad, designar en su parte de libre disposición a unos solo de ellos como herederos y a los otros no. Eso no vulnera el principio de igualdad, si no que confirma la libertad de testar y la supremacía de la voluntad del testador.

En definitiva, aplicando correctamente los principios y medios de interpretación testamentaria, la STC es un error y comete arbitrariedad total pues modifica la voluntad clara, si clara, del causante.

Hay que tener mucho cuidado con la interpretación que realicen los tribunales, no pueden superar los límites establecidos, ni sobreponer sus propios criterios a los de la voluntad del testador, cuando esta puede colegirse fácilmente sin tener que recurrir a una suerte de adivinación, sino ateniéndonos a los límites y medios interpretativos que tan especial negocio jurídico requiere.

## **VI. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO CUANDO LA DESIGNACIÓN DE HEREDEROS ES MÚLTIPLE**

Nos queda analizar, en último lugar, otro de los supuestos en los que cabe interpretación testamentaria respecto a la designación de heredero. En este caso no se trata de un heredero que se haya designado de forma poco clara o dudosa, si no que se ha llamado a varios y posibles herederos a la vez, lo que genera dudas y problemas a la

hora de determinar cómo suceden al causante, cuando este no lo dejó establecido de forma clara y concreta.

En estos casos, sí se sabe quiénes deben ser los herederos, pero la duda se produce en cómo deben suceder todos y cada uno de ellos.

Se trata de los supuestos a los que se refieren las reglas de los artículos 769 a 771 CC, en los que, en principio, se recogen reglas que favorecen no ya la interpretación del testamento (pues esta supondría la búsqueda de la verdadera voluntad del testador), si no mas bien, reglas que facilitan la sucesión, a veces en contra de lo que fuera la voluntad del testador, por eso incluso podemos decir que son normas integradoras, pues proporcionan el dato necesario de determinación del heredero (en concreto 769, 770, 771). Se llaman reglas presuntivas de la voluntad del testador, pero por eso mismo, y como ahora veremos, creemos que estas reglas deben someterse y relegarse a la verdadera voluntad del testador, caso de probarse contraria a lo que en ellas se establece.

Es decir, si con ellas se pretendía facilitar la labor interpretativa, consideramos que no es así, y que lo adecuado sería siempre primero tratar de averiguar la verdadera voluntad del testador y proceder según esta; es decir, interpretar, y solo en defecto de otra probada voluntad, se deberían aplicar, y con carácter supletorio, por tanto. En definitiva, no excluyen la labor de interpretación, si no que como creo que quedan sometidas a la verdadera voluntad del testador, la interpretación debe preceder siempre a su aplicación.

Las vemos:

a) El art. 769 CC<sup>330</sup> recoge un caso de designación individual de heredero acompañado de una designación colectiva, y se trata de averiguar si el testador quiso instituir a todos los designados de forma individual, o bien, si los designados colectivamente concurren con los designados de forma individual como un colectivo, como una sola parte, dividiéndose la herencia en tantas partes como designados individualmente y colectivos hubiera.

---

<sup>330</sup> Art. 769 CC: “Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: «Instituyo por mis herederos a N. y a N. y a los hijos de N.», los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, a no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.”

El legislador entiende justamente lo contrario, afirmando que debe entenderse que los designados de forma colectiva suceden también de forma individual. Esta regla es contraria a la tradición romana que los hacía suceder en bloque como colectivo. Pues bien, como ya hemos adelantado y el mismo art. 769 recoge, esa será la solución si esa es la voluntad del testador. Pero si de la voluntad del testador se deduce lo contrario, se deberá dividir la herencia de forma opuesta, sin atender a lo dispuesto en el 769 de forma individual, si no por bloques.

Tal es el caso de la STS 8 julio 1904, en la que el testador decía que sus bienes “se dividirán por partes iguales entre mis antedichos primos los Señores C y sobrinos, y mi tío DJ”. Según la regla del 769 CC deberían heredar por cabezas todos los primos y sobrinos junto con el tío individualmente designado (DJ). Sin embargo, la otra opción, la que supone que se divida la herencia en dos bloques (uno para primos y sobrinos, y otra para el tío), pareció la opción que mejor coincidía con la voluntad del testador. Y el TS entendió que esta “presunción legal debe ceder cuando consta de modo claro que ha sido otra la voluntad del testador”. En este caso, se llegó a la conclusión de que según el sentido de las palabras del testador, la igualdad consistía en adjudicar una mitad a los primos y sobrinos y la otra al tío designado de forma individual.

b) En el art. 770 CC<sup>331</sup>, el legislador presume el mayor afecto del testador por los hermanos de doble vínculo. Es una excepción al 756 CC que establece cuotas iguales cuando la designación no se hace por cuotas.

Obviamente, se refiere al supuesto en que el testador instituye como herederos a sus hermanos, a todos o a algunos de ellos, y entre ellos hay de doble vínculo y de vínculo sencillo, sin especificar. En este caso, se divide como si fuera *ab intestato*, pero, consideramos que no puede interpretarse de forma literal porque ello significaría la aplicación de las reglas de sucesión intestada a toda la herencia, y eso no es así. Por eso, entendemos que se refiere a la aplicación de las reglas de la intestada solo respecto de la parte de la herencia en que fueren instituidos los hermanos. La remisión es por tanto al art. 949 CC, de manera que los hermanos de doble vínculo tomarán de la herencia doble

---

<sup>331</sup> Artículo 770 CC:

“Si el testador instituye a sus hermanos, y los tiene carnales y de padre o madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado”.

porción que los de vínculo sencillo.

c) El art. 771 CC<sup>332</sup> es una nueva norma presuntiva de la voluntad del testador, y por lo tanto, y como casos anteriores, debe ceder ante la prueba de una voluntad diferente y contraria a lo establecido en este artículo cuando ello se deduzca del testamento en cuestión o de las circunstancias que lo rodean. Por lo tanto, la labor interpretativa, de nuevo, lejos de desaparecer, cobra gran importancia, para saber si debe aplicarse o no este precepto.

La presunción que se establece casa bien con que probablemente el testador quiso establecer como herederos a los hijos y su padre a la vez, y no estableciendo una sustitución vulgar o fideicomisaria, pues esta debe ser expresa siempre. Corrobora la aversión del legislador hacia la sustitución fideicomisaria. Casa también con el 756 CC y el 769 CC, según el cual la designación colectiva implica la sucesión individual.

En definitiva, son reglas presuntivas de la voluntad del testador que admiten prueba en contrario y que, por lo tanto, no eximen de la labor interpretativa si no que su recta aplicación, la suponen.

En ese sentido, consideramos que estas normas no son reglas o medios de interpretación, si no más bien, soluciones sustitutivas o supletorias de la misma. Lo que conduce a una necesaria interpretación restrictiva de las mismas, pues, como dijimos, las especiales características del negocio testamentario impiden una interpretación más allá de la propia voluntad del testador.

## VII. RECAPITULACIÓN

En consecuencia, en la designación de heredero, tanto cuando sea incierto como en la designación de heredero múltiple, existe una necesidad de interpretación, y esta se debe reconducir necesariamente, desde mi punto de vista, siempre a la VOLUNTAD del testador, este es el criterio que debe primar tanto ante las reglas legales presuntivas, como a otros medios interpretativos que fuerzan una interpretación más acorde con lo

---

<sup>332</sup> Artículo 771CC:

“Cuando el testador llame a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente”.



“políticamente correcto” para el intérprete (juzgador).

No puede olvidarse que las especiales características de este negocio jurídico, donde el otorgante ya no puede manifestarse, hacen que esa búsqueda de la voluntad deba prevalecer sobre cualquier otro criterio o regla. Averigüemos primero esta a través de los medios que hemos comentado, y solo cuando esta no sea posible de discernir, acudamos a estas normas supletorias de la voluntad del causante. Esa es la verdadera razón y no otra de todas las reglas que el Código Civil nos facilita, la interpretación debe estar siempre al servicio de la verdadera voluntad del testador, y esa es su fuerza e importancia.

## **“LA INTERPRETACIÓN Y LOS EFECTOS DE LOS TÉRMINOS EMPLEADOS EN EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO”.**

**M<sup>a</sup> DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO<sup>333</sup>**

**Profesora Titular de Derecho Civil UAM**

**SUMARIO. Introducción. I. La adquisición del dominio y constitución de las relaciones jurídico-reales. Los sistemas de adquisición. Artículo 609 del Código Civil. II. Modos originarios (ocupación). III. Modos derivativos (diferentes sistemas europeos y teoría del título y modo). A) Transmisión consensual. B) Acuerdo abstracto traslativo. C) Teoría del Título y el Modo. Diferentes formas de tradición. Tradición e inscripción en el Registro de la Propiedad. D) Las adquisiciones a non domino. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria**

---

<sup>333</sup> Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Investigadora en proyectos de investigación sobre diferentes temas del ámbito del Derecho Civil, especialmente en Derecho patrimonial. Colaboradora permanente de revistas jurídicas de reconocido prestigio como: Anuario de Derecho Civil. Ministerio de Justicia y Revista de Derecho Patrimonial. Aranzadi.

Autora de varias monografías y artículos científicos en materia de Derecho Civil. Coautora de materiales docentes, esquemas y guías de las asignaturas de Derecho Civil:

Entre sus publicaciones más relevantes, cabe destacar:

- Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio, 1997, pp. 267, Madrid, Mc Graw-Hill/ Interamericana de España, ISBN: 84-481-1105-2

- La aportación a sociedad de vivienda arrendada como supuesto del derecho de retracto legal del arrendatario. 1999, 124 pp. Valencia, Tirant lo Blanch, ISBN: 84-8002-840-8

- La protección jurídico civil de la propiedad frente a inmisiones. Especial referencia a la acción negatoria, 2003, 177 pp, Madrid, Civitas Ediciones. ISBN: 84-470-1933-0

- Leasing inmobiliario y transmisión de la propiedad en Europa., 2009, 249 pp, Colección Cuadernos de Derecho Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España. ISBN: 978-84-92884-00-1

- Leasing mobiliario como garantía en operaciones financieras. 2013, 261, pp Estudios de Derecho mercantil. Civitas. Thomson Reuters. Madrid, ISBN: 978-84-470-4145-9

- La accesión inmobiliaria ante la tendencia unificadora del derecho privado europeo. Especial referencia a la construcción en suelo ajeno. 2014, 157 pp, Tirant lo Blanch ISBN: 978-84-9033-176-7

## **INTRODUCCIÓN.**

El lenguaje es fundamental en los textos jurídicos, máxime cuando los términos que usualmente se utilizan, son fruto de una síntesis de figuras y conceptos técnicos que los juristas emplean para concretar y especificar significados de gran importancia en cuanto a sus efectos.

Esta tecnificación del lenguaje permite deslindar figuras, conceptos y situaciones y aplicar las diferentes normas de nuestro ordenamiento jurídico de forma más acertada y eficaz.

En este sentido los términos empleados en los diferentes negocios y contratos que tienen como finalidad la transmisión de la propiedad, fundamentalmente el contrato de compraventa, son esenciales para determinar los efectos del contrato, sobre todo en la relación jurídico real que puede o no crearse.

Por ello, es esencial recordar la importancia de la especificación y utilización estricta, jurídica, de determinados términos que se emplean en el proceso de transmisión de la propiedad, desde uno de los contratos clave como es el contrato de compraventa y su requisito jurídico real básico, la traditio o entrega, para conseguir la transmisión eficaz de la propiedad.

Sus diferentes conceptos, desde su creación histórica hasta nuestros días, requisitos y efectos, son la pieza central en torno a la que va girar esta intervención, comenzando por una breve remisión a los diferentes sistemas de transmisión de la propiedad que hoy en día conviven en nuestro entorno jurídico y geográfico más cercano, ya que, precisamente, la distinta interpretación de los requisitos fundamentales de transmisión, fruto de las diferentes formas de recepción de la cultura jurídica romana, permiten observar las múltiples opciones de interpretación que ofrecen los términos empleados y los efectos que todo ello puede producir.

### **I. La adquisición del dominio y constitución de las relaciones jurídico-reales. Los sistemas de adquisición. Artículo 609 del Código Civil.**

El régimen normativo que se dedica a la adquisición del dominio y los demás derechos reales se establece de forma unitaria en el Código Civil, aunque existen determinadas diferencias en cuanto a los requisitos exigidos para ello, dependiendo del derecho real de que se trate.

En relación al Derecho de Propiedad, es el propio artículo 609 del Código Civil la norma que precisa los diferentes modos de adquisición de la propiedad.

En este sentido, el artículo 609 CC dispone: “La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”.

De dicho precepto se extraen los diferentes modos de adquisición de la propiedad, que se estructuran en dos grandes bloques<sup>334</sup>.

Por un lado destaca el modo de adquisición originario, que se centra en la ocupación.

Y por otro lado, aparece el sistema de adquisición derivativo, basado en la existencia de un contrato junto al requisito de la entrega.

Al margen, o en distinto ámbito, aparecen otras formas de transmisión de la propiedad, como son la ley, la donación, la sucesión testada e intestada y la prescripción adquisitiva o usucapión, que se tratan como figuras especiales.

## **II. Modos originarios (ocupación).**

La adquisición originaria supone una adquisición de la propiedad independiente de cualquier persona y libre de toda carga. No se funda en un derecho anterior, sino que nace *ex novo* (como nueva), como si nadie la hubiera disfrutado antes.

Esta forma de adquisición sólo requiere la “ocupación”, dice el artículo 609, en su apartado primero. Ocupación que consiste en la apropiación material del bien que se trate de adquirir, la toma de posesión con voluntad de adquirir.

Este modo de adquisición se regula en los artículos 610 a 617 del Código civil, y es, precisamente, el artículo 610 el que ofrece los requisitos y supuestos en los que opera: “Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas”.

---

<sup>334</sup>DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, págs. 58-59.

Por tanto, debe tener por objeto bienes apropiables por naturaleza, que no tienen dueño. Se refiere pues, no a las cosas perdidas sino a las abandonadas o que nunca tuvieron dueño<sup>335</sup>.

Merece la pena destacar el supuesto de los bienes inmuebles, que no aparece mencionado en los anteriores artículos. Es la Ley del Patrimonio del Estado, Decreto 1022/1964, que aprueba el texto refundido de 15 de abril de 1964 (RCL 1964/896), la que en su artículo 21 dispone que “pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido. Los bienes ... se entenderán adquiridos, desde luego, por el Estado, y tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con posesión superior a un año, pues en tal caso el Estado tendrá que entablar la acción que corresponda ante la jurisdicción ordinaria”.

Por tanto, los bienes inmuebles sin dueño, no sólo que no se conozca su identidad, son adquiridos automáticamente por el Estado, incluso aunque sean poseídos por terceros, que no tengan título legítimo para ello.

### **III. Modos derivativos (diferentes sistemas europeos y teoría del título y modo)**

Los modos derivativos tienen como efecto fundamental la transmisión de la propiedad, teniendo en cuenta que ésta pertenecía con anterioridad a otra persona, y deben tener presente, según los casos, las características, circunstancias, cargas, etc. del objeto en el momento de la adquisición.

Por tanto, para que dicha transmisión sea válida y eficaz, es necesario que existan determinados requisitos en el momento de la transmisión: la titularidad del transmitente, es decir, que sea propietario y tenga facultad suficiente para transmitir, y la voluntad de transmitir y adquirir por las partes que intervengan en el contrato de transmisión.

Pero, además, como afirmaba el artículo 609 del Código Civil, es necesario que exista un contrato válido y eficaz, que sea causa de la transmisión, y una traditio o traspaso posesorio del objeto de la transmisión, es decir, entrega de la cosa. Hasta que no se cumplen todos los requisitos no se produce la transmisión. Si sólo existe un contrato, habrá obligación de entregar por parte del transmitente, pero la adquisición

---

<sup>335</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, págs. 167-173.

sólo se producirá con la entrega. Si sólo hay entrega sin contrato previo, habrá posesión o detentación pero no propiedad.

Ello es así, porque en el Ordenamiento jurídico español, se sigue la denominada Teoría del Título y el Modo, que requiere la existencia de un contrato con finalidad traslativa seguido de la entrega del objeto de dicho contrato, pero no es el sistema que rige en el resto de Europa.

El origen de nuestro sistema de transmisión aparece en el Derecho romano. Su recepción por los distintos países de la Unión Europea ha sido diferente, y ello ha provocado la existencia, en la actualidad, de diferentes sistemas de transmisión, que básica y muy sintéticamente se exponen a continuación.

#### **a) Transmisión consensual.**

Es el sistema del Código civil francés, belga, italiano y portugués.

Como pone de relieve la doctrina, “la incorrecta comprensión de la *traditio* romana en que terminó desembocando la teoría del título y el modo se traduce en la afirmación, por el Código civil francés, de que, en los contratos de finalidad traslativa (compraventa, permuta, donación), el acuerdo de voluntades manifestado por las partes, al mismo tiempo que hace nacer obligaciones, provoca por sí mismo la transmisión de la propiedad. Eso es lo que preceptúa el artículo 1138 del *Code français*, según el cual la obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes y hace al acreedor propietario, correspondiéndole a éste desde entonces soportar los riesgos, excepto que el deudor incurra en mora respecto a su obligación de entrega”<sup>336</sup>.

El Código civil italiano, en su artículo 1125, acogió la línea del *Code français* en relación al sistema de transmisión de la propiedad y derechos reales, pero el Código de 1942 matizó este sistema transmisivo consensual, diferenciando dos clases de contratos:

- los de efectos reales (artículo 1376) en los que “la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transmisión de un derecho real o bien la transmisión de otro derecho”, se produce “por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado”.

---

<sup>336</sup> DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, págs. 951-966.

- los de efectos obligatorios (artículo 1470), en los que la naturaleza del objeto (genérico, futuro o ajeno), o los acuerdos de las partes, postergan la transmisión. En este tipo de contrato, la transmisión no se produce de forma simultánea a la emisión del consentimiento, lo que surge es una obligación del vendedor de procurar al comprador la adquisición del derecho<sup>337</sup>.

El sistema francés, se ha adoptado por el Código civil belga (art. 1583), que requiere, también, la inscripción registral de inmuebles con efecto frente a terceros.

La vía intermedia italiana, se ha seguido por el Código civil portugués (arts. 408-409).

#### **b) Acuerdo abstracto traslativo.**

Es el sistema del BGB alemán.

Como ponen de manifiesto los autores, el sistema alemán de transmisión de la propiedad proviene de la interpretación de la Pandectística alemana de los textos del Derecho común romano, respecto de la *iusta causa de traditio*<sup>338</sup>.

“Sus bases contractuales se encuentran en Savigny, para quien lo esencial en orden a la transmisión de la propiedad es la mera voluntad de transferirla, de manera que la *iusta causa*, entendiendo por tal la existencia de un contrato antecedente de finalidad transmisiva, sólo es relevante en la medida en que sirve para constatar la existencia de esa voluntad; pero, por lo demás, éste carece de transcendencia, y por eso la transmisión del dominio, si hay voluntad de transmitir, se producirá igualmente aunque el contrato antecedente sea nulo o impugnabile, e incluso aunque no exista. Esta autonomía del acuerdo traslativo respecto del contrato antecedente es la que permite calificar a aquél como un negocio abstracto, que basta con constatar sin que sea preciso indagar sobre si existe o no una razón jurídica –una causa- que lo justifique”<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, págs. 958.

<sup>338</sup> COING, H.: *Derecho Privado Europeo, T.II. El siglo XIX*, München, 1989, trad. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, págs 490-495.

<sup>339</sup> DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pág. 959.

“La gran innovación alemana consiste en la abstracción del acto dispositivo. La titularidad real nace exclusivamente de éste, formado por el acuerdo en transmitir y adquirir (*Einigung*) más la inscripción (que es constitutiva), tratándose de inmuebles (§ 873 BGB); y por dicho acuerdo más la entrega de la cosa tratándose de bienes muebles (§ 929 BGB). Y ello con total independencia del negocio obligacional antecedente (la venta, la permuta, la donación), de modo que, si éste adoleciera de algún defecto o llegara a faltar, queda en pie el cambio real, que no depende de él, y únicamente procederá, en su caso, el ejercicio *inter partes* de una acción personal por enriquecimiento injustificado (§ 812 BGB)”<sup>340</sup>.

**c) Teoría del Título y el Modo. Diferentes formas de tradición. Tradición e inscripción en el Registro de la Propiedad.**

La Teoría del título y el modo es el denominado sistema de tradición causal español. Explican los autores<sup>341</sup> que “el Derecho español está fundado en la teoría del título y el modo. La Base 20 de la Ley de Bases de 1888 decía: «Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante». El artículo 609 del Código civil, siguiendo el mandato de la Ley de Bases, hemos visto que habla de una adquisición y transmisión del dominio y demás derechos (reales) sobre los bienes «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Enlaza así nuestro Código con el Derecho histórico español, abandonando la idea clave en esta materia del Proyecto de 1851, que aceptó el sistema francés de la adquisición y transmisión por el mero consentimiento”.

Advierte Luis Díez-Picazo que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 recuerda nuestro Derecho tradicional expresando: “Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición”<sup>342</sup>.

---

<sup>340</sup> DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pág. 960.

<sup>341</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, pág. 62.

<sup>342</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, pg. 62: “la jurisprudencia, acorde con esta línea, declara reiteradamente que el Código civil, al aludir a «ciertos contratos» a los que se les aplica el requisito de la tradición para la adquisición del dominio y derechos



Este sistema del título y modo tradicional otorga al contrato la categoría de elemento iniciador del proceso transmisivo, que debe ser completado con la *traditio* y acompañado de otros elementos, como la voluntad de transmitir y adquirir<sup>343</sup>, el dominio<sup>344</sup> y la posesión del *tradens*<sup>345</sup>.

Como mantiene José M<sup>a</sup> Miquel, “un sistema de transmisión por contrato y tradición presupone que la propiedad se transmite porque las partes así lo quieren, a través de los cauces que el ordenamiento valora como suficientes. La transmisión de la propiedad por contrato y tradición es un efecto derivado de la autonomía privada. Ambos –contrato y tradición- son actos voluntarios a los que el Ordenamiento reconoce eficacia, porque las partes la desean. La voluntad traslativa se expresa tanto en aquellos ciertos contratos que, por su tipo, son hábiles (justos, en el sentido de los precisos) para transmitir la propiedad, como en la tradición. La voluntad traslativa no se encuentra

---

reales, se refiere a los traslativos de dominio (compraventa, permuta, etc.). Esos contratos son el título que al ser completado con la *traditio* produce la adquisición. Exige también que esa *traditio* o entrega vaya acompañada de estos requisitos: preexistencia del dominio o posesión (a título de dueño) en el *tradens*, y la intención de las partes de adquirir y transmitir respectivamente (Ss. de 18 de febrero de 1965, 3 de junio de 1969, 9 de marzo de 1994 y 18 de febrero de 1995). Nuestro sistema, de acuerdo con esas premisas, se nos presenta sumamente casualizado, ya que la *traditio* por sí sola es insuficiente para adquirir el dominio o derecho real: ha de apoyarse en un título hábil al efecto. La Dirección General de los Registros tiene como doctrina la de que para inscribir cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente como tal, en virtud de causa onerosa o gratuita (R. de 19 de enero de 1994)”.

<sup>343</sup> Como afirma MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “La reserva de dominio. Referencia al Derecho europeo”, *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007, Thomson-Civitas, 2008, págs. 351-355*.

<sup>344</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “Comentario al artículo 609 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1993, pg. 1547. Para este autor, “la expresión del CC es bastante lacónica pero suficiente para dejar claro que la transmisión se produce en virtud de la concurrencia de ciertos contratos y la tradición. Se trata de un supuesto de hecho complejo en el que participan tanto la tradición como el contrato. Ahora bien, hay que preguntarse enseguida por la propiedad y/o el poder de disposición del transmitente. Es indudable que la transmisión de la propiedad exige este presupuesto, sin perjuicio de los supuestos de adquisición a non domino, en cuya enumeración no voy a entrar. Este presupuesto suscita inmediatamente la cuestión de si es una exigencia del contrato o de la tradición, o independiente de ambos. Parece claro que nuestro CC no exige para celebrar el contrato de compraventa ser propietario del objeto vendido (STS. 5-V-83), porque para contraer obligaciones en nombre propio no se precisa una especial legitimación. ....

El poder de disposición debe exigirse para que la tradición produzca su efecto como modo de adquirir la propiedad (muy exacta la formulación del Pr. de 1836, art. 697: “También se adquiere el derecho de propiedad por la entrega legítima”. Art. 698: “Llámase entrega legítima la que se hace por el dueño u otro autorizado en su nombre, precediendo cualesquiera de los justos títulos capaces de transferir el dominio según las leyes de este Código”).

En definitiva, para este autor, “la tradición será eficaz como modo de transmitir la propiedad, si el tradente es propietario o está autorizado por él”.

<sup>345</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “Comentario al artículo 609 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1993, págs. 1546-1551.

solamente en el contrato, también es preciso que la entrega se verifique con voluntad de transmitir y adquirir, aunque esa voluntad sea tácita en muchas ocasiones”<sup>346</sup>.

“De modo muy especial la voluntad del poseedor es decisiva para la existencia del fenómeno posesorio, por lo que no es extraño que la posesión se pueda transmitir por el acuerdo de voluntades y que este mismo acuerdo pueda modificar el concepto posesorio”<sup>347</sup>.

En definitiva, para este autor, “esto significa que la tradición, para transmitir la propiedad, requiere determinadas condiciones subjetivas de capacidad y legitimación, distintas de las exigidas al contrato obligatorio. Por otra parte la conexión con el contrato a consecuencia del cual se efectúa, exige que la tradición se haga voluntariamente en el mismo concepto posesorio al que se refiera el título”<sup>348</sup>.

A la teoría del título y modo del Ordenamiento jurídico español, se han sumado el sistema austriaco (§§ 425 y ss. ABGB), suizo y holandés (art. 84), pero, además, requiere la inscripción en caso de transmisión de inmuebles.

Requisito imprescindible para la transmisión de la propiedad en la Teoría del Título y el Modo es la **Traditio**.

El concepto de *traditio* no es una idea unánimemente acogida por la doctrina española.

Para Díez-Picazo, “se ha entendido siempre y continúa entendiéndose todavía hoy, por tradición aquel mecanismo jurídico por virtud del cual se produce una transmisión y consiguientemente una adquisición derivativa del dominio”<sup>349</sup>.

La tradición consiste “en un acto extraordinariamente simple y sencillo: es la entrega de la cosa transmitida hecha por el transmitente al adquirente. Esta operación tan sencilla se complica, sin embargo, en una cierta medida tan pronto como tratamos de observar la estructura y el funcionamiento de este mecanismo jurídico de transmisión

---

<sup>346</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “La reserva de dominio. Referencia al Derecho europeo”, *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Thomson-Civitas, 2008, pág. 352.

<sup>347</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “Comentario al artículo 609 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1993, pág. 1546.

<sup>348</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “Comentario al artículo 609 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1993, pág. 1549.

<sup>349</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, XIX, III, 1966, pág. 555.

del dominio. El mero hecho de la entrega de una cosa, es decir, el paso de la cosa de una mano a otra, no es, ni puede ser nunca por sí solo un índice inequívoco de una transmisión dominical. La *datio rei* o entrega de una cosa es, como ponen de relieve Ferrini y Ursicino Alvarez, un hecho en sí mismo incoloro y equívoco, que puede servir para realizar múltiples fines económicos de naturaleza profundamente diversa, como son, por ejemplo, la cesión de una cosa en préstamo (mutuo o comodato), en arrendamiento, en custodia o depósito, en garantía o prenda, etc”<sup>350</sup>.

Por lo que, precisa este autor, “para que exista una verdadera transmisión del dominio es necesario: Primero, que exista una concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir el dominio. Segundo, que se produzca un comportamiento traslativo, una entrega de la cosa o una *datio possessionis*, como decían los clásicos (Cuiacio, Donello, Pothier, etc.), una *consignatio*, como decía De Luca. Tercero, que exista una justa causa. Cuarto, que el tradente sea un *verus dominus*”.

El Código Civil español permite que la traditio o entrega se efectúe de varias formas, desde la más puramente material hasta otras más espiritualizadas, fruto de la evolución de la traditio desde el Derecho Romano, para adaptarla a las diferentes circunstancias socio-económicas<sup>351</sup>:

- Traditio material, real o física: Según el artículo 1462.1, “se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador”. La dicción literal de este artículo es una copia del artículo 1604 del *Code* francés, “*la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et posesión de l’acheteur*”. Tiene, pues, una directa conexión con el artículo 438 del Código civil español y, en definitiva, se trata de una ocupación material o física del objeto, ya que según este artículo “la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”.
- Traditio ficta: En estos supuestos la transmisión se produce sin verdadera entrega material, sin un acto que suponga un signo exterior de reconocibilidad,

---

<sup>350</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, Ob. cit. pág. 556.

<sup>351</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, Ob. cit. págs. 558- 561.

ya que la tradición entendida como efectiva entrega o como traspaso posesorio es ficticia, y lo que realmente se produce es un acuerdo traslativo<sup>352</sup>. En este caso, existen varios supuestos, como la *traditio* instrumental y la simbólica.

La *tradición instrumental* aparece establecida en el artículo 1462.2 del Código civil: “Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta **equivaldrá** a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”<sup>353</sup>.

Esta forma de tradición exige, según la mayoría de la doctrina, que para que surta efecto traslativo, el transmitente esté en posesión del objeto transmitido, porque en caso contrario no puede entregarla. No obstante, existen autores que mantienen el efecto traslativo aún sin haber efectivo traspaso posesorio, al equivaler la escritura pública a la entrega.

Mantener a ultranza una u otra tesis resulta complicado, según el supuesto ante el que nos encontremos, en relación al tipo de posesión de que adolezca el transmitente, pues habrá que diferenciar entre la posesión inmediata o real y la mediata.

Si el transmitente no mantiene la posesión inmediata pero sí la mediata no parece haber inconveniente alguno, pues la posesión mediata o *ius possidendi* se transmite con la escritura pública.

El problema se plantearía si de lo que adoleciera el transmitente fuera el *ius possidendi*, el derecho de posesión más ampliamente considerado, (ej. poseedor despojado que deja transcurrir más de un año sin reclamar su derecho<sup>354</sup>). En este caso, un sector de la doctrina ha entendido que la falta de posesión impide su entrega, “pues mal puede desplazar la posesión quien no la tiene, y por ello la transmisión de la propiedad”<sup>355</sup>.

---

<sup>352</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ob. cit. pág. 776.

<sup>353</sup> Vid. en este sentido, las SSTs de 8 de julio de 1983, 20 de octubre de 1990.

<sup>354</sup> Según el artículo 460.4 del Código civil, “el poseedor puede perder su posesión, por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”.

<sup>355</sup> Vid. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, 1954, pág. 175.

En contra de esta opinión se pronuncian: ALBALADEJO: *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Barcelona, 2002, pg. 168; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2002, págs. 64-65; RODRÍGUEZ OTERO, L.: *Cuestiones de Derecho Inmobiliario. El derecho real y su publicidad, la tradición, la relatividad de la*

“Si algo es la tradición es transmisión de la posesión en concepto de dueño. Si se afirma que la escritura pública transmite la propiedad a pesar de no ser poseedor el transmitente, me parece que habrá que sostener que lo hace sin ser tradición. Pero eso no se ve en donde puede apoyarse. No creo que se pueda llamar tradición a lo que no sea cesión de la posesión en concepto de dueño”<sup>356</sup>.

*La tradición simbólica*, está recogida en el artículo 1463.1 del Código civil, según el cual, “Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará: por la entrega de llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados”.

Y en sentido semejante, el artículo 1464 del mismo texto legal dispone, “Respecto de los bienes incorpóreos, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1462. En cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia”.

En este caso, “la transmisión del dominio no va ligada al traspaso material de la posesión de la cosa sino a la entrega de una accesoria en la que queda simbolizada la principal. En nuestro Código civil se recogen dos casos muy significativos:

1. La entrega de llaves del lugar o sitio en que se hallen almacenados o depositados los muebles, si se trata de la entrega de éstos. Aunque el artículo 1463 habla de esta forma de tradición simbólica para los bienes muebles sólo, ningún inconveniente existe en extenderla a los inmuebles, como de hecho se considera en el tráfico ordinario (v. gr., como forma de entrega del piso se dan las llaves).
2. La entrega al adquirente de los títulos de pertenencia. El artículo 1464 así lo permite respecto de bienes incorpóreos. Pero el propio Derecho positivo admite su extensión a bienes corpóreos. Así el Decreto de 22 de septiembre de 1917 autoriza a las entidades que describe a realizar operaciones peculiares de Compañías de almacenes generales de

---

*propiedad y el carácter de la inscripción. La valoración de nuestro sistema, Madrid, 200. págs. 262-4, 271-288.*

<sup>356</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>.: “El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 1, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 51-57.

depósito. Los documentos en que se haga constar el depósito servirán para que, mediante su cesión, se haga la de los productos depositados o su pignoración.

Generalizando, puede afirmarse que esta forma de traditio es aplicable cuando la posesión de las cosas quede materializada en un documento que en el tráfico jurídico vale como la cosa misma”<sup>357</sup>.

- Acuerdo entre los contratantes.

En virtud del artículo 1463.2 del Código civil, la entrega de los bienes muebles se efectuará “por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo”.

Son los supuestos de la *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorium*, y, aunque el artículo 1463 se refiere únicamente a bienes muebles, “es claramente aplicable a la entrega de inmuebles”<sup>358</sup>.

La *traditio brevi manu* “entraña una transformación del título o del concepto por virtud del cual se posee; quien era un poseedor en concepto diferente del de dueño pasa a poseer en concepto de dueño”<sup>359</sup>.

El *constitutum possessorium* implica que “el transmitente continúa poseyendo, aunque en un concepto diferente del de dueño”<sup>360</sup>, con los consiguientes problemas de confusión respecto de la determinación de la titularidad frente a terceros, si no se da la suficiente publicidad y notoriedad al cambio de concepto posesorio, que es imprescindible para que efectivamente exista un signo exterior de reconocibilidad de la traslación, que es, en definitiva, la finalidad del traspaso posesorio<sup>361</sup>.

---

<sup>357</sup> DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2002, pág. 63.

Vid, también, GARCÍA CANTERO, G: *Comentario al artículo 1463. Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*. T. II. Madrid, 1991, págs. 912-913.

<sup>358</sup> DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III*. Ob.cit.pág.64.

<sup>359</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ob. Cit. págs. 776-777.

<sup>360</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ob. Cit. pág. 778.

<sup>361</sup> RODRÍGUEZ OTERO, L.: *Cuestiones de Derecho Inmobiliario. El derecho real y su publicidad, la tradición, la relatividad de la propiedad y el carácter de la inscripción. La valoración de nuestro sistema*, Madrid, 2005, págs. 256-258.

- Transmisión hereditaria.

Es la llamada posesión civilísima y supone, según el artículo 440 del Código civil, una transmisión automática y totalmente ficticia de la posesión, ya que “se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a asirse la herencia”, y lo mismo se deduce del artículo 882, respecto de la transmisión de legados, si son de cosa específica y determinada, pues “el legatario adquiere su propiedad desde que el testador muere...”.<sup>362</sup>

Por otro lado, algún sector de la doctrina ha planteado la idea de que la **inscripción en el Registro de la Propiedad** sea considerada como una forma o modo de suplir el requisito de la *traditio*<sup>363</sup>, en el sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos reales, pero, hoy por hoy, la inscripción supone la previa elevación del título traslativo a escritura pública, entre otros casos, por lo que la entrega se produce desde ese momento, aplicando el artículo 1462 del Código civil, salvo que de ella se deduzca lo contrario. Desde esa perspectiva, la inscripción no deja de ser “meramente declarativa de la modificación jurídico-real producida”<sup>364</sup>, y un medio de publicidad para dotarla de eficacia frente a terceros.

La inscripción, por tanto, no puede considerarse de carácter constitutivo, puesto que en los casos en los que falla la tradición por falta de posesión en el *tradens*, la inscripción no produce automáticamente la transmisión, salvo en los supuestos

---

<sup>362</sup> Vid. al respecto, el supuesto de las transmisiones gratuitas en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ob. Cit. págs. 778-779.

<sup>363</sup> Por ejemplo, VALDECASAS, G.: *La posesión*, Granada, 2006, págs. 77-80, ha afirmado que “la función de vestidura o exteriorización del derecho real que, por influjo principalmente de la *gewere*, tiene la posesión moderna, es desempeñada respecto a los derechos reales inmobiliarios, por la inscripción en el Registro de la Propiedad”. Entiende que “la inscripción en el Registro participa de la virtud que tiene la posesión como medio de constitución y transmisión de los derechos reales. Ya sabemos que la tradición sirve en nuestro Derecho como medio de transmisión de la propiedad y la mayor parte de los derechos reales limitados. Pues bien, en ciertos casos este efecto lo produce la inscripción independientemente de la tradición e incluso en contra de ella. Se dice entonces que la inscripción tiene fuerza constitutiva”.

<sup>364</sup> DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III*. Ob. cit. pág. 65. Vid, también: DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, *Derecho Privado Europeo*, Ob. cit. pág. 963.

En este sentido, vid STS de 14 de diciembre de 1998, según la cual, en el “orden jurídico-civil, en el que, al no tener (salvo supuestos muy excepcionales) carácter constitutivo, a los efectos de la adquisición de algún derecho real, la inscripción en ningún Registro Público, la adquisición, a título oneroso, de la propiedad de un vehículo de motor, como la de cualquier otro bien mueble o inmueble, se rige exclusivamente por la llamada teoría del título y el modo, que (para las transmisiones a título oneroso, repetimos) consagran los artículos 609 y 1095 del Código civil, o sea, que el dominio solamente puede adquirirse mediante un contrato con virtualidad traslativa del dominio (título), como es la compraventa, acompañado o seguido de la entrega o tradición (modo) en cualquiera de sus modalidades (real, simbólica o ficta).

protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por su eficacia protectora del titular que inscribe de buena fe<sup>365</sup>, y los casos en los que, conociendo ambos contratantes (vendedor y comprador) el despojo de la posesión del vendedor, las dos partes estén de acuerdo en que la escritura pública surta efectos transmisivos de propiedad.

En estos casos, se habrá transmitido no sólo una acción reivindicatoria, sino también una propiedad despojada de posesión<sup>366</sup>.

No obstante, otros autores matizan esta postura al mantener que “si un propietario ya no es poseedor por serlo otro no debe existir problema en que ceda todo su derecho a otro. Es cierto que el artículo 36 de la Ley Hipotecaria demuestra muy claramente que puede adquirirse la propiedad sin que el transmitente fuera poseedor en concepto de dueño, pero para ello es preciso que el tercero reúna las condiciones del artículo 34 y además proceda en la forma que determina el artículo 36 de la Ley Hipotecaria”<sup>367</sup>.

Si se adquiere a *non domino* también la inscripción suple a la tradición, pero para ello es preciso reunir los requisitos del artículo 34 LH y proceder en la forma que determina el artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

Todo esto resulta de la duplicidad de normas, existente en nuestro Derecho, sobre adquisición de la propiedad inmobiliaria que deben ser combinadas y que da un resultado original y extraño”<sup>368</sup>.

No obstante, la jurisprudencia se ha mostrado, en numerosas ocasiones, partidaria de recordar los requisitos de transmisión de la propiedad de nuestro

---

<sup>365</sup> Vid. a favor de esta tesis, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Revista de Derecho Patrimonial, 1, 1998, págs. 45-61; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, 1954, pág. 175.

Vid en contra, a favor de que la inscripción supla a la *traditio*: DE LA RICA, R: “Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario”, 1950, Conferencia recogida en el Libro Homenaje al autor, tomo II, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, págs. 422-423; VALDECASAS, G.: *La posesión*, Granada, 2006, pág. 79.

Vid. la síntesis de las diferentes posturas al respecto en JEREZ DELGADO, C.: *Tradición y Registro*, Cuadernos de Derecho Registral, 2004, págs. 31-65.

<sup>366</sup> Vid, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Ob. cit. págs. 53-54; JEREZ DELGADO, C.: *Tradición y Registro*, Ob. cit. pp. 224-233; DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, *Derecho Privado Europeo*, Ob. cit. pág. 963.

<sup>367</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Ob. cit. pág. 55.

<sup>368</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>: “El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Ob. cit. pág. 55.



ordenamiento jurídico, como presupuesto básico para llegar a las soluciones de conflictos que suelen plantearse con frecuencia en la realidad actual.

Como simple ejemplo, pueden mencionarse las SSTS de 30 de mayo de 1997 y 23 de marzo de 2004<sup>369</sup>.

En la STS de 30 de mayo de 1997, el Alto Tribunal afirmaba que “el mencionado artículo 609 del Código Civil determina los medios concretos para adquirir la propiedad y sirve para encabezar el Libro III de dicho Cuerpo Legal que tiene como titular la frase «De los diferentes modos de adquirir la propiedad». Uno de esos medios antedichos y recogido concretamente en su párrafo segundo, es el atribuido a ciertos contratos en los que, además, haya mediado la tradición. Dicho enunciado hace surgir y establece en nuestro derecho la teoría del título y del modo, como elementos esenciales, para que se pueda determinar la adquisición de la propiedad sobre bienes.

Pero, ahora bien, hay que observar que dicho precepto habla de «algunos» contratos, y no de «todos» los contratos. Pues desde luego, existen en nuestro derecho contratos como son el mandato, el comodato y el depósito, entre otros, que necesitan la concurrencia del título y el modo, para indicar la existencia de la transmisividad del dominio. Y se puede afirmar paladinamente que el contrato de compraventa es uno de ellos, pues dicho contrato-«per se»- no es un contrato traslativo de la propiedad, si no media la «traditio» o entrega del objeto, o dicho en otras palabras, la obligación de poner los medios adecuados para transmitir la propiedad de una cosa.

Y así, doctrina jurisprudencial de esta Sala, que se puede calificar de pacífica y constante, ha conseguido destacar en el contrato de compraventa su finalidad traslativa mediante la ampliación de la obligación, que corresponde al vendedor, de entregar la cosa objeto de dicho contrato (SS. 26 junio 1924, 4 junio 1928 y 8 marzo 1929, como unas de las más emblemáticas), incluso llegándose en la Sentencia de 27 mayo 1959 (RJ 1959\2471), a declarar que del estudio concordado del contenido de los artículos 1445, 1461, 1462 y 348 del Código Civil, se desprende que el contrato de compraventa se caracteriza por la transmisión que por él se hace del dominio de una cosa.

Sentado todo lo anterior y aplicándolo correspondientemente al caso controvertido, se puede afirmar que el documento privado de compraventa suscrito por don Emilio B. O. y doña M.<sup>a</sup> Encarnación R. T., como compradores, y la firma «Construcciones

---

<sup>369</sup> STS de 30 de mayo de 1997 (RJ 1997/4328) y STS de 23 de marzo de 2004 (RJ 2004/2288).

Hércules, SA», como vendedores, en documento privado de fecha 29 de julio de 1985, incluso con la adverbación efectuada ante la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Gobierno de Andalucía, no significa, sin más, que dichos vendedores adquirieran la propiedad del piso vivienda -objeto del contrato-, pues se hubiera precisado para ello la tradición o entrega efectiva del mismo, circunstancia que no se dio antes del 3 de diciembre de 1986, fecha en que se practicó la diligencia de embargo de dicho piso-vivienda. Sobre todo cuando la elevación a escritura pública de dicha compraventa se efectuó el 11 de diciembre de 1986, instrumento que sí hubiera servido para configurar el elemento de la tradición, pero que se realizó en fechas posteriores al referido embargo. Sobre todo, y corrobora lo anterior, cuando en la cláusula quinta del contrato plasmado en documento privado, se habla del plazo para la entrega física - tradición- de la vivienda y de su coincidencia en el otorgamiento de la escritura pública”.

Y en la STS de 23 de marzo de 2004 se precisaba que “resulta incuestionable, en virtud de la teoría del título y el modo, que para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición (arts. 609 y 1095.2, SS. entre otras 22 diciembre 2000 [ RJ 2000, 10136] , 14 febrero [ RJ 2002, 1441] y 13 marzo 2002 [ RJ 2002, 5697] ), y la jurisprudencia tiene reiterado (SS., entre otras, de 21 de marzo [ RJ 1998, 1511] y 14 de julio de 1998 [ RJ 1998, 5548] , 9 de octubre de 2001 [ RJ 2001, 7556] , 14 de febrero [ RJ 2002, 1443] y 10 de julio de 2002 [ RJ 2002, 8242] ) que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por si sólo la efectiva transmisión patrimonial pretendida.

No se han vulnerado los preceptos relativos a la entrega de la cosa vendida porque el vendedor entregó mediante la escritura pública aquello a que se obligó en la misma, sin que constituya objeto del litigio –como reitera la resolución recurrida– el hipotético incumplimiento de lo pactado en documento privado. Y por otra parte, no se dan los requisitos para apreciar la existencia de fraude de Ley ya que al ser el promotor el único propietario goza de la «cobertura» del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del título constitutivo de la división horizontal. Y en tal sentido se manifiesta la jurisprudencia, entre otras, en las Sentencias de 16 de junio de 1998 ( RJ 1998, 4897) , «a contrario sensu», y 30 de marzo de 1999 ( RJ 1999, 2421) , declarándose en esta última que «el adquirente en documento privado sin entrega de

posesión, al no ser copropietario, no tiene derecho, ni siquiera posibilidad de concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal”.

**d) Las adquisiciones a non domino. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria**

El sistema de transmisión de la propiedad español establece como requisito fundamental para la validez de la transmisión la titularidad dominical del transmitente, pues existe un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual “nadie puede transmitir lo que no tiene”, sin embargo no debe dejar de mencionarse la fuerza de los principios registrales y de algunos de los preceptos de la legislación hipotecaria en materia de adquisición de propiedad.

En este sentido, el principio de fe pública registral y el artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria mantienen que “el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro”.

De ahí, que pueda llegar a salvarse el requisito de la titularidad dominical del transmitente, y permitirse una adquisición derivada de un transmitente no dueño (adquisición a non domino), de un no propietario, en aras de la protección de la apariencia jurídica que produce la publicidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad.

Para ello el adquirente debe cumplir los requisitos establecidos en dicho artículo 34 de la Ley Hipotecaria: adquisición de buena fe en virtud de un contrato oneroso, de un transmitente que aparezca como propietario en el Registro de la Propiedad y con facultades para transmitir, e inscripción del título del adquirente<sup>370</sup>.

---

<sup>370</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, págs. 67-68.

## **“LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL”**

**ISABEL SIERRA PÉREZ<sup>371</sup>**

**Profesora titular de Derecho civil UAM**

Como señala Leyva Saavedra, "toda declaración de voluntad expresada mediante palabras precisas de interpretación; en algunos casos esta se limitará a señalar la coincidencia entre el sentido aparente y el real; en otros, descubrirá su sentido real distinto del aparente o, en su defecto completará la expresión insuficientemente desarrollada en su tenor literal o lo hará valer frente a situaciones nuevas, no previstas en el contrato".

Es evidente que para saber si el contenido aparente coincide con el real tenemos previamente que conocer el contenido real de la declaración de voluntad, es decir cuál era la voluntad de quien emitió la declaración. Tratándose de contratos el contenido aparente será el que se deduce de la literalidad de dicho contrato, mientras que la voluntad real habrá que buscarla, no en la de cada uno de sus contratantes sino en la voluntad conjunta de ambos.

Lo que de esto se desprende es que, por claro que nos parezca el contrato en cuanto a su redacción, siempre tendremos que indagar cuál era la voluntad conjunta de los contratantes, pues sólo de ese modo podemos decir que coincide con la voluntad declarada.

En el artículo 1281 CC, el primer párrafo dice: "si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido

---

<sup>371</sup> [baitasierraperez@gmail.com](mailto:baitasierraperez@gmail.com)

literal de sus cláusulas". Este párrafo se dice que consagra el principio "*in claris non fit interpretatio*" ya que ante unos términos claros parece que lo que en un primer momento se deduce de ellos no puede ser otra cosa que la voluntad de los contratantes. Pero aunque esto puede ser cierto en muchos casos, podemos encontrarnos también en situaciones en las que aunque aparezca clara la literalidad del contrato, encontramos otros indicios que nos hacen ver una voluntad contractual que no resulta del todo acorde con la literalidad. Por ello, puestas de manifiesto, por alguna de las partes, pruebas suficientes de que la voluntad no coincide con la literalidad, habrá que pasar a una interpretación del contrato. En este sentido, la STS de 16 de junio de 2005 nos dice que "La doctrina jurisprudencial, aun partiendo de la base de afirmar como indiscutible, al interpretar dicho precepto, la preferencia del sentido literal de los términos de un contrato en caso de una claridad esencial, sin embargo la matiza en el sentido de la obligación de tener en cuenta otros datos, como es el de la conducta completa de los contratantes, constituida por sus actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, y aquí hace entrar en juego el artículo 1282 de dicho Código para conocer su voluntad". También la STS de 4 de octubre de 1993, manifiesta que cuando surjan dudas fundadas sobre la verdadera intención de los contratantes, el órgano judicial que lleve a efecto la labor exegética no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que éstos le parezcan, sino que han de indagar lo verdaderamente querido o intención evidente de los contratantes, acudiendo para ello a los demás medios hermenéuticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es atender a los actos coetáneos y posteriores del contrato (artículo 1282 del Código).

Esto significa que el órgano judicial que lleve a efecto la labor exegética no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que éstos le parezcan, si no que ha de indagar lo verdaderamente querido o la intención evidente de los contratantes, acudiendo para ello a los demás medios hermenéuticos que le brinda el ordenamiento jurídico, uno de los cuales es atender a los actos coetáneos y posteriores del contrato.

El segundo párrafo de este mismo artículo señala que "si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas". En este segundo párrafo ya no nos habla de que las palabras son claras, sino que son contrarias a la intención de los contratantes, lo cual no viene sino a corroborar lo que decíamos en el párrafo anterior: que conocida la voluntad de los contratantes por

pruebas distintas a la redacción del contrato prevalecerá esta sobre la redacción.

Todo esto nos lleva a una clara conclusión, que es necesario descubrir cuál es la voluntad de los contratantes para interpretar el contrato. Nosotros vamos a ocuparnos de ver la forma de descubrir esa voluntad a través de las actuaciones de los propios contratantes. Es el artículo 1282 el que marca que esta es la línea a seguir cuando nos dice que "para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos coetáneos y posteriores al contrato". Naturalmente no es esta la única forma de llegar a descubrir la voluntad de los contratantes pero es la primera señalada por el propio código y la que nosotros tratamos de estudiar.

Este artículo nos habla únicamente de la voluntad manifestada por los contratantes en los actos coetáneos y posteriores al contrato, pero entiende la doctrina que al anteponer el término "principalmente" no está descartando que tal voluntad no pueda encontrarse estudiando las actuaciones previas al contrato, se trata de descubrir la intención común de los contratantes a través de cualquiera de sus actuaciones. Así se recoge en otros ordenamientos jurídicos como el italiano (artículo 1362) en el artículo 4 de los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales; el apartado uno del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009 (STS de 8 mayo 2012).

Descubrir cuál fue la voluntad de los contratantes es importante para resolver los conflictos que se plantean en el momento de la ejecución del contrato cuando las partes no están de acuerdo en cuáles fueron las obligaciones concretas que cada uno de ellos asumió. El juez, en la resolución de estos conflictos debe aplicar de forma obligatoria las normas que el ordenamiento jurídico establece para la interpretación de los contratos. La sentencia de 2 de junio de 2011 nos dice: " Como hemos destacado en la sentencia 639/2010, de 18 de octubre - y en las que en la misma se citan - los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil no contienen meras reglas lógicas o de buen sentido que se pongan a disposición del intérprete para que libremente se sirva o no de ellas en la búsqueda de la llamada voluntad contractual, sino verdaderas normas jurídicas de las que necesariamente debe hacer uso. Razón por la que la infracción de dichas normas abre el acceso a la casación".

No obstante, siempre teniendo en cuenta que tal como señala la sentencia de 11 marzo de 2003 " la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia y prevalece a menos que se demuestre que es ilógica o absurda, o se impugne el error sufrido por aquélla, pero sin que pueda pretenderse sustituir por el criterio del recurrente la interpretación realizada y no es revisable en casación a menos de que sea ilógica o contraria a derecho.

Pero estos artículos no serán de aplicación en los contratos verbales ya que no se puede comprobar la literalidad del contrato. La STS de 22 de junio de 2011, señala como el recurrente, tras citar como normas violentadas las de los artículos 1281, 1282 y 1283 del Código Civil, incluso admitió que el primero de ellos no era aplicable al litigio, al tratarse de un contrato verbal. Lo que es cierto, aunque no tanto por no constar el contrato por escrito, sino por haber llegado los Tribunales de las instancias a identificar la común voluntad de los contratantes sirviéndose, no de declaraciones, si no de actos concluyentes de ambos. También la sentencia de 19 febrero 2003 nos dice que es doctrina reiterada de esta Sala, la que determina que se debe aplicar el artículo 1282 del Código Civil partiendo de la existencia de un contrato escrito a interpretar. También se ha declarado que este artículo no es aplicable a la interpretación de contratos verbales de términos ignorados.

Pero también resulta importante el conocimiento de la voluntad conjunta para calificar el contrato y aplicar la normativa establecida para el contrato realmente querido, aunque quede encubierto bajo la apariencia de un contrato distinto. En estos casos nos encontramos ante un contrato en el que los términos suelen ser bastante claros, ya que en ellos tienen los propios contratantes especial cuidado en ocultar lo realmente querido y que la apariencia del contrato sea la de aquel que pretenden simular. En la sentencia de 28 mayo 1990 las partes pretenden encubrir un contrato de compraventa de bienes muebles a plazos simulando un contrato de arrendamiento financiero. Dice: "La verdadera intención de los contratantes al celebrar el contrato fue la de otorgar un contrato de compraventa de bienes muebles a plazos, como se pone de manifiesto de los actos coetáneos y posteriores de aquellos, que aparecen acreditados en autos. Al no apreciarlo así la sentencia de la Audiencia ha infringido las normas de interpretación contractual de los arts. 1281, párrafo segundo, y 1282 del Código Civil. El tribunal deduce la intención de los contratantes porque la fijación del valor residual del bien resultaba excesivamente bajo e incluso inferior a las cuotas mensuales

establecidas en el arrendamiento financiero.

La interpretación de los contratos a través de las actuaciones de los contratantes, en la mayoría de los casos se hace a través de actuaciones coetáneas y posteriores a los mismos. Resulta por ello interesante ver qué tipo de actuaciones son consideradas relevantes por los Tribunales y cada uno de estos momentos.

### **ACTUACIONES COETÁNEAS.**

En estas actuaciones se trata de determinar cuál era la voluntad de las partes al introducir la cláusula que es objeto del litigio. Resulta interesante en este sentido la STS de 4 abril 2011, en ella el litigio surge entre dos empresas, una de las cuales ha adquirido una empresa filial de la otra con el compromiso de mantener la totalidad de los puestos de trabajo de trabajadores con discapacidad, como mínimo durante tres años. Para garantizar el cumplimiento la empresa adquirente emite un aval ejecutable al primer requerimiento. Antes del cumplimiento de este plazo y a través de un ERE se solicita y ejecuta la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de toda la plantilla de la empresa. La empresa vendedora ejecuta inmediatamente el aval y la compradora presenta demanda pidiendo la devolución de la cantidad correspondiente por entender que no ha habido incumplimiento de la estipulación, o en su defecto que se modere a la cantidad en proporción a los días que se mantuvieron los puestos de trabajo de las personas discapacitadas. La sentencia de primera instancia calificó la estipulación como de carácter esencial, y desestimó la demanda de devolución de la cantidad percibida por la ejecución del aval. La Audiencia afirma la existencia del incumplimiento del objetivo pactado, pero mantiene la inimputabilidad del incumplimiento al ser debido a la evolución del mercado sin que se hubiese acreditado defectuosa gestión de la empresa e interpreta la cláusula discutida como la prohibición de sustituir a trabajadores discapacitados por otros que no lo sean.

El recurso de casación del litigio quedó centrado en declarar si la extinción de la totalidad de los puestos de trabajo y el cese de la actividad constituían un incumplimiento según el tenor de la cláusula, no en que el incumplimiento fuera o no culpable. Se señala que "no hay duda que se ha producido una resolución de los contratos de trabajo de la totalidad de la personas que componían la plantilla de la sociedad adquirida, y que por lo tanto al menos objetivamente se ha producido un



incumplimiento de la cláusula contractual en cuanto pretendía el mantenimiento de los puestos de trabajo durante un período de tres años a partir de la fecha del contrato" , sin que se haya identificado elemento interpretativo alguno que permita sostener que tal pacto u obligación de resultado deba entenderse en el sentido de que lo realmente querido fue "no sustituir" trabajadores discapacitados por otros que no lo fuesen . Y esto es así porque tal interpretación chocaría con el hecho de que se detalla el número de trabajadores discapacitados existentes en la empresa, que esta pertenecía al entorno de la Fundación ONCE y que la empresa adquirente suscribió un pacto parasocial de asunción de la gestión de la empresa transmitente. Todos estos actos coetáneos con el contrato de transmisión de la sociedad sirven para interpretar, en este caso, la cláusula discutida.

En la sentencia de 5 diciembre 2009 se trata de un contrato de promesa bilateral de compraventa. En ese momento los apartamentos estaban ocupados por un tercero, pero la oferta de la parte vendedora fijaba un precio en el que se expresaba que correspondía a dichos apartamentos libres de cargas y arrendamientos. Llegada la fecha del otorgamiento de la escritura, los apartamentos estaban ocupados por un tercero, y ello se reflejó en el contrato, por lo cual la compradora deniega el otorgamiento de la escritura, alegando el incumplimiento del pacto existente y reclama la devolución de la cantidad adelantada. La parte vendedora se opone a ello. La STS interpreta que "En la oferta inicial que la compradora hace a la vendedora, se indica que el precio era de 225 millones, "libre de cargas y arrendatarios", con lo que la actora estaba uniendo el precio al hecho de que los apartamentos estuviesen libres de cargas y arrendatarios, y esta realidad negocial, por su importancia, no puede ser soslayada en los actos posteriores de las partes, salvo que exista una declaración o un pacto muy específico en sentido contrario". Como vemos, concede a la oferta contractual un valor significativo a la hora de establecer la voluntad conjunta de las partes.

En la sentencia de 13 febrero 2007 se presentan dos negocios coetáneos que se interpretan como dependientes el uno del otro, la nulidad de uno supone también la del otro. Los hechos acaecidos podemos resumirlos de la siguiente forma: doña A compra a don B una parcela rústica con vivienda chalet por un precio total de 9 millones, el vendedor confiesa recibir en el acto la cantidad de 8 millones quedando pendiente el pago del resto en el momento de la firma de la escritura pública. En una cláusula de este contrato se establece que el suministro eléctrico sería por cuenta de la parte compradora.

En la misma fecha doña A como vendedora y don B como comprador suscriben otro contrato por el que la primera transmitiría al segundo una finca de viñedos por un precio de 9 millones. Posteriormente doña A es advertida de que la finca adquirida es de suelo no urbanizable, que la vivienda carece de licencia de obra y no es legalizable y que no se otorgan permisos y licencias para suministro de energía. Doña A presenta demanda pidiendo la resolución del contrato de compra y simultáneamente el contrato de venta del viñado.

La sentencia de la Audiencia recurrida declara la nulidad simultánea de ambos contratos y en el recurso de casación don B alega la falta de aplicación el artículo 1281. La STS desestima el recurso razonando que "No prescinde (la Audiencia) del elemento gramatical o literal en la interpretación de ambos contratos suscritos en fecha 15 de julio de 1995, sino que parte de la evidente conexión entre ambos para considerar que la ineficacia del primero ha de llevar consigo igualmente la del segundo, pues no se trata – como sostiene la parte recurrente– de dos contratos autónomos que merezcan una consideración aislada, sino que el segundo no se habría celebrado sin el primero. Así lo deduce acertadamente la Audiencia teniendo en cuenta el carácter coetáneo de ambos negocios motivado por la circunstancia de que doña A carecía de metálico suficiente para abonar el precio del primero. En consecuencia se han aplicado correctamente por la Audiencia las normas de hermenéutica contractual tras la averiguación de la intención de los contratantes que, lógicamente, se desprende de los actos coetáneos de los mismos al celebrar simultáneamente ambos negocios que han de ser interpretados en su conjunto".

También encontramos sentencias en las que tras analizar el contenido del contrato y las actuaciones de las partes, el Tribunal declara que es acorde la literalidad y la voluntad. Así en la sentencia de 30 octubre 2002 se trata de dilucidar si en un contrato de arrendamiento el arrendatario es una persona física o si ésta actuaba como representante de una persona jurídica de la que en ese momento era administrador. En dicho contrato y a lo largo de todo el clausulado se nombra como arrendatario a la persona física pero entre guiones a su lado aparece el nombre de la sociedad. En el momento de otorgarse el contrato de arrendamiento la sociedad estaba perfectamente constituida e inscrita en el registro mercantil. La STS señala que: "Con este dato no discutido, al tiempo de otorgarse el arrendamiento la sociedad, era entidad mercantil dotada de personalidad jurídica plena para otorgar y celebrar contratos, de conformidad

al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y, por ello, arrendar el local de negocio que se discute. No lo hizo así, ya que, no obstante ser el recurrente administrador solidario de la compañía, compareció por sí, sin referencia alguna a tal condición, por lo que el hecho de que en el documento se incluyera la sociedad, sin atribuirle actividad negociadora alguna, resulta dato meramente testimonial e informativo, carente de intensidad jurídica para poder llegar a la conclusión de que quien efectivamente contrató fue la sociedad y no el propio recurrente que actuó en todo momento en su nombre propio".

La intención de las partes resulta así relevante desde el momento en que el recurrente, pudiendo hacerlo, en su condición de administrador solidario, para nada contrató en nombre de la Sociedad.

### **ACTUACIONES POSTERIORES**

Las actuaciones posteriores al contrato tenidas en cuenta normalmente en la resolución de los conflictos son principalmente las que tienen relación con la ejecución del propio contrato.

En la sentencia de 2 marzo de 1998 se trata de calificar una cláusula incluida en un contrato de compra-venta de un edificio. En esta escritura se estipula que la parte compradora asumía las deudas que allí se especificaban y entre ellas no se encontraba la obligación que el vendedor tenía frente a terceros, referida a la venta de algunos de los apartamentos de la edificación que era objeto de transacción. Uno de estos compradores reclama el cumplimiento de su contrato. La STS estima que " si bien es cierto ese silencio de la escritura, no lo es menos que la prueba testifical valorada por la Audiencia da como resultado que la intención de las partes fue que la recurrente asumiese los contratos celebrados con adquirentes de viviendas en el edificio en construcción que se vendía. Ello indica que la literalidad del contrato no recogía esa asunción, por lo que no puede prevalecer frente a una probada voluntad en contrario. Esta voluntad se demuestra, según la prueba testifical, en que la recurrente otorgó escritura pública en favor de algunos compradores del transmitente o les devolvió el precio que llevaban pagado.

En la sentencia de 8 marzo 2000 se discute sobre la claridad de una cláusula incluida en un contrato entre una discográfica y un grupo musical. La cláusula en

cuestión hace referencia a la duración del contrato que en un principio se fija en un año con la posibilidad de una prórroga de igual duración. Pero como señala el TS " La cláusula en cuestión, examinada en sí misma en su propia literalidad dista mucho de ser clara y salvo lo referente a la duración del contrato en su inicio y fin o vencimiento, toda su redacción sume en perplejidades y conjeturas al intérprete. A continuación parece que el contrato está sometido a una prórroga de un año, pero los plurales añadidos en paréntesis con adición de la «S» siembran la duda de tal hermenéutica. Por otra parte, si prescindiendo de ello se juzgara que se trata de una sola prórroga, el término «sucesiva» (o sucesivas), la referencia a «cada una» y, sobre todo, el inciso final referido a «cualquiera de sus prórrogas», lleva a la conclusión de la pluralidad de éstas y a su posible sucesión, sin limitación". Esta falta de claridad en la que llevó al tribunal de instancia y a la Audiencia a buscar cuál fue la intención de las partes a través de los actos coetáneos y posteriores de los contratantes. Queda aprobado que la redacción del contrato fue llevada a cabo en su totalidad por la casa discográfica a la que se deberá su oscuridad. El grupo musical, tras una primera prórroga denunció la finalización del contrato y la discográfica se opuso señalando que claramente de él se desprendía que la voluntad de las partes era que hubiese varias prórrogas. Por todo ello los tribunales entendieron que la voluntad conjunta de las partes no suponía sucesivas prórrogas.

## **ACTUACIONES ANTERIORES**

En la sentencia de 2 mayo 2012 se destacan los siguientes hechos:

1) El 22 de septiembre de 2003 los accionistas de una compañía de Impresiones Gráficas suscribieron con don Luis y don Adolfo una declaración de intenciones de compra del 35% de las acciones y concesión de una opción de compra del 55%.

2) El 17 de Marzo de 2004 los accionistas de Impresiones Gráficas por un lado, y don Luis y don Adolfo , por otro, suscribieron un "contrato de inversiones" en documento privado, por el que se modificaba en ciertos extremos la declaración de intenciones y se otorgaban dos opciones de compra sucesivas sobre las acciones de Impresiones Graficas, la primera sobre el 35% y otra sobre el 65%.

3) En el expresado contrato de inversiones los vendedores garantizaban la veracidad del balance auditado cerrado a 31 de Diciembre de 2002 y el provisional de 31 de diciembre de 2003, asumiendo las contingencias y situaciones generadas con

anterioridad a la efectiva formalización de la compraventa del 35% de las acciones, con expresa previsión referida a un litigio pendiente con un tercero.

4) Por escritura de 21 de abril de 2004 los inversores-compradores, adquirieron el 35% de las acciones de Impresiones Gráficas y elevaron a escritura pública el contrato de opción de compra sobre el resto de acciones (65%).

5) Por escritura de 13 de Julio de 2004 los inversores, ejercitaron el derecho de opción de compra sobre el restante 65% de las acciones de Impresiones Gráficas.

6) Con posterioridad a la compraventa de 21 de abril de 2004 se constataron contingencias en la contabilidad de Impresiones Gráficas anteriores a 21 de abril de 2004, por importe de 1.248.934 euros.

7) constataron las contingencias la compradora de las acciones suspendió el pago de las mismas. Pago que exigieron los vendedores.

8) los compradores hicieron valer la aparición de una contingencia en la contabilidad y haciendo la liquidación correspondiente pretendían que su deuda se descontarse del valor de dicha contingencia. (€ 950. 233).

La sentencia de la primera instancia declaró la existencia de una contingencia evaluable tan solo en 64.396 euros, por entender que los inversores-compradores conocían "la situación real de la sociedad".

La sentencia de la segunda instancia entendió que los inversores-compradores no conocían la situación real de la sociedad ya que en el momento de la compra del 35% de las acciones nada más tenían la información facilitada por los accionistas- vendedores, y, revocando la sentencia del Juzgado, previa liquidación, condenó a los accionistas vendedores a pagar la cantidad de 950.233,09 euros.

La STS, tras detenerse en demostrar que para conocer la voluntad de los contratantes pueden emplearse los actos previos al contrato , señala que " En el caso enjuiciado, no es dudoso que los contratantes, a fin de evitar malentendidos, pueden prever de forma expresa la ineficacia de los actos anteriores o formular precisiones sobre su alcance -en este sentido, el apartado 3 del art. 2:105 de los principios de Derecho europeo de los contratos dispone que "las declaraciones anteriores de las partes

pueden utilizarse para interpretar el contrato.

Esto es lo acontecido en el caso enjuiciado en el que los contratantes estipularon que "debido al hecho de que los inversores firmarán el presente contrato basándose en las informaciones facilitadas por los accionistas, éstos responderán de forma solidaria, personal e ilimitada, de todos los daños y perjuicios producidos a consecuencia de la falsedad de las informaciones facilitadas a los inversores y sus asesores en el procedimiento de negociación del presente Contrato", lo que no puede ser interpretado sino en el sentido de que los litigantes estipularon que todos los actos previos - singularmente el "memorándum" y las "due diligence"- carecían de eficacia susceptible de variar el recto significado de lo expresamente manifestado.

Nos encontramos en esta primera sentencia estudiada con un caso en el que, tras declarar el Tribunal Supremo que los actos previos al contrato sirven para la interpretación de lo pedido por las partes, una de las cláusulas del propio contrato pone de manifiesto la voluntad de que tales actos carecen de relevancia, ya que en él se reconoce que la información de los compradores procede únicamente de la parte vendedora, la cual resultará plenamente responsable de cualquier contingencia sobrevenida.

En la sentencia de 9 febrero 1981 se estudia el caso de una urbanización construida en dos fases, la primera constituida por apartamentos y la segunda por chalet de mejor calidad y mayor extensión. Nada más iniciar la primera fase se empezó a hacer publicidad por medio de anuncios en los que se incluía la existencia de una piscina para adultos otra para niños, zonas de agua y zonas verdes, por lo tanto los compradores sabían lo que compraban y conocían los elementos comunes.

En los contratos no se hacía constar nada más que la adquisición de las partes privativas por lo que los promotores quieren hacer valer que son únicamente estas las que se adquieren a través del contrato.

Presentada la demanda por parte de los compradores, alegan los vendedores que los contratos son suficientemente claros y por tanto es de aplicación el artículo 1281 y no es necesario acudir a una interpretación basada en el artículo 1282. La primera instancia estima la demanda y reconocida esta es confirmada por la Audiencia.

El Tribunal Supremo señala que "los contratos que han dado origen a la litis generadora de este recurso no son claros, dejando duda sobre la intención de los contratantes de lo que su objeto comprende, como se indica en el precedente Considerando, claro es que resulta correcto, como ha efectuado la Sala sentenciadora de instancia, acudir al módulo interpretativo tanto de los actos coetáneos y posteriores, que autoriza el invocado art. 1282 del C. Civ., como incluso a los anteriores, que este precepto no excluye, como tampoco lo hace de todas las circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes, en cuanto sirvan para explicar la génesis del contrato y hasta los motivos de su celebración, toda vez que la expresión «principalmente» que el referido artículo contiene, da adecuada cabida a esa amplia indagación de la voluntad contractual, según tiene reconocido este Tribunal". Continúa diciendo que: "se deduce de lo expuesto en los dos anteriores Considerandos, que los contratos de que se viene haciendo examen comprenden no estrictamente los pisos y chalets vendidos comprendidos en la urbanización nominada «Residencial San José», sí no que también alcanzan a la zona deportiva, y concretamente a la piscina a ella adscrita, produce como lógica consecuencia que la Sala sentenciadora de instancia, en contra de lo apreciado por el tan meritado recurrente, realizó la deducción interpretativa de los relacionados actos anteriores, coetáneos y posteriores que conduce a acoger en las referidas enajenaciones la indicada zona deportiva, y en su consecuencia la expresada piscina, derivado de los hechos demostrados por el aspecto de que la pública oferta de venta lo comprendía, conducente al enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, dado que lo que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido en lo contratado con base a esa oferta.

La sentencia 16 junio 1992 es un litigio presentado por comprador y vendedor de un local comercial para dilucidar si el precio se pactó por metros cuadrados, lo que sostiene la parte compradora, o fue un precio alzado sostenido por el vendedor. La Audiencia estimó la demanda.

Poniendo en relación el contrato de venta litigioso, instrumentado mediante documento privado de fecha 20-6-1984 y firmado, como vendedor en el que no se especifica la extensión superficial del local vendido (local comercial núm. 1, Bloque XIII, Portal B, de la Urbanización «Puebla Lucía», de Fuengirola). Si no solamente se expresa su precio de cinco millones seiscientos ochenta y ocho mil (5.688.000) pesetas,

con un documento o escrito anterior de propuesta de venta (extendido en papel con membrete del vendedor firmado por éste), en el que se expresa: «OBJETO DE VENTA: Local Comercial núm. 1, del Bloque XIII. Superficie útil: 56 m<sup>2</sup>. Precio 100.000 ptas./m<sup>2</sup>», la sentencia aquí recurrida interpreta el mencionado contrato en el sentido de que la intención común de los contratantes fue la de realizar una venta inmobiliaria, con expresión de su cabida -56 metros cuadrados útiles- y a razón de un precio por unidad de medida o número (cien mil pesetas por metro cuadrado) y no la de vender un local de 35,43 metros cuadrados útiles, como dice la demandada, por el precio alzado de cinco millones seiscientos ochenta y ocho mil (5.688.000) pesetas.

En el recurso de casación se denuncia la infracción por no aplicación del artículo 1281 y la infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 1282. El Tribunal Supremo señala que "la entidad recurrente trata de sostener que, al ser claros los términos del contrato litigioso de fecha 20-6-1984, había que aplicar estrictamente el párrafo primero del art. 1281 del Código Civil, sin tener que acudir al 1282 del mismo Cuerpo legal, pues el referido contrato, según dice, lo que expresa es que se vende un local comercial, sin expresión de su medida, por un precio alzado de cinco millones seiscientos ochenta y ocho mil (5.688.000) pesetas. La expresada tesis impugnatoria de la recurrente no puede ser aceptada, ya que cuando de lo alegado y probado en el proceso surge la duda, planteada por una de las partes, acerca de si la verdadera intención negocial quedó o no reflejada con exactitud en la mera literalidad del contrato, el órgano jurisdiccional tiene el deber de indagarla a través de los medios exegéticos que, para ello, le brinda el ordenamiento jurídico, que es lo que ha hecho la Sala «a quo», acudiendo al art. 1282 del Código Civil, con arreglo al cual el juzgador, para conocer la verdadera intención de los contratantes, puede atender no sólo a los actos de los contratantes, coetáneos y posteriores al contrato, que dicho precepto menciona expresamente, sino también a los anteriores al mismo.

Continúa diciendo que: "La Sala de apelación, poniendo en relación el referido documento o escrito-propuesta con el contrato (en el que no se hace la más mínima referencia a la extensión del local) y considerando aquél como complementario de éste, ha obtenido la conclusión de que la verdadera intención de los contratantes fue la de comprar y vender, respectivamente, el expresado local, con una extensión superficial de cincuenta y seis metros cuadrados útiles, no por un precio alzado, sino a razón de un tanto por unidad de medida o número (cien mil pesetas por metro cuadrado), cuya



interpretación hecha por el Tribunal de apelación ha de prevalecer en esta vía casacional, sobre la interesada y subjetiva de la recurrente, ya que es doctrina reiterada de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada, la de que la interpretación de los contratos es función propia del juzgador de instancia, cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido en vía casacional, a no ser que el mismo resulte erróneo, ilógico, arbitrario o vulnerador de algún precepto legal, ninguno de cuyos supuestos se da en el presente caso , pues la aludida exégesis, que esta Sala comparte, es plenamente acertada y descubridora de la verdadera intención de los contratantes.

En este caso para comprender cuál fue la voluntad de los contratantes se tiene en cuenta un documento privado firmado con anterioridad al contrato de compraventa.

En estos casos de actos anteriores al contrato tenidos en cuenta para dilucidar la voluntad de los contratantes, hemos estudiado presupuestos distintos: primero, actuaciones preliminares al contrato que los propios contratantes a redactar este excluyen voluntariamente. Esto hace, evidentemente, que las actuaciones previas no sean tenidas en cuenta para la interpretación del contrato; segundo, en el segundo caso en la emisión de publicidad y la descripción en ella contenida la que nos va a dar la clave de los motivos de la compra; tercero, en el tercer caso es un contrato privado previo al contrato de compraventa el que arroja la luz sobre la voluntad de las partes.

## LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO EUROPEO

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho Civil UC3M<sup>372</sup>

**Sumario. I. Introducción. II. Normas de interpretación en el Derecho Europeo. 1. Situación actual. 2. La normativa de interpretación en el Marco Común de Referencia 2.1. Criterio de interpretación general. 2.2. Criterios a tener en cuenta en la búsqueda de la voluntad común. 2.3. Regla contra-proferentem. 2.4. Preferencia de las cláusulas negociadas individualmente. 2.5. La interpretación sistemática. 2.6. La conservación del contrato. 2.7. Utilización de distintos idiomas a la hora de redactar el contrato. 2.8. Interpretación de otros actos jurídicos. III. Conclusiones. IV Bibliografía.**

### 1-INTRODUCCIÓN

Como todos sabemos la interpretación del contrato busca básicamente averiguar cuál es el sentido y alcance del acuerdo de voluntades en que ése consiste. Como ya señalara DE CASTRO, “la interpretación es tarea previa y de general trascendencia en la dogmática del negocio jurídico. La declaración de voluntad es donde, en el negocio, se manifiesta auténticamente la autonomía privada; y el negocio será aquello que se deduzca de la interpretación. De hecho, todas las cuestiones que se plantean respecto al negocio jurídico están tan íntimamente unidas a la interpretación, que la solución que se proponga para cada una de ellas condicionará el alcance de la interpretación, y, a su vez, aquella resultará predeterminada por el método adoptado para la interpretación”<sup>373</sup>.

Por supuesto, como la mayoría de la doctrina ha señalado, hemos de diferenciar la interpretación del contrato y sus normas de la interpretación de las normas. En este

---

<sup>372</sup> [ararodri@der-pr.uc3m.es](mailto:ararodri@der-pr.uc3m.es)

<sup>373</sup> DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, reimpresión de la edición facsímil de 1971, Civitas, Madrid, 1985, p. 77.

sentido puede decirse con todos a través de DIEZ-PICAZO que : “mientras la tarea del intérprete-suele decirse, en cuanto a la interpretación de las normas jurídicas, debe limitarse a liberarlas de dudas y oscuridades, siendo por tanto una interpretación esencialmente objetiva, la tarea de quien interpreta un contrato es más ardua y compleja porque además de eliminar las eventuales dudas y ambigüedades del contrato, debe tratar de encontrar la concreta voluntad de las partes contratantes, por lo cual la interpretación del contrato ha de cumplir una función que es al mismo tiempo objetiva y subjetiva<sup>374</sup>”.

A nivel nacional, y por tradición histórica que se remonta al Derecho Romano, tenemos normas sobre interpretación del contrato (arts. 1281 a 1289 del Código civil). En dichas normas, se atiende tanto al criterio subjetivo<sup>375</sup> como objetivo<sup>376</sup> para realizar dicha tarea, pues no podemos olvidar que la interpretación nos permite llegar a conocer lo que quisieron las partes y establecer su común voluntad, solucionando problemas en el momento de la ejecución del contrato. A nivel europeo, continúan ambos criterios de interpretación, si bien, dada la necesidad de armonizar el Civil Law y el Common Law se podría afirmar con PARRA LUCÁN que “Existe una tensión entre interpretación subjetiva y objetiva a lo largo de la historia jurídica europea. La subjetiva predomina hasta finales del s. XIX en la literatura jurídica, no así en la práctica (Cc francés, art. 1156; alemán & 133; español, art. 1281). Pero también hay normas de interpretación objetiva y ésta prevalece en los trabajos de armonización de derecho contractual europeo<sup>377</sup>”.

---

<sup>374</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L: Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato, 6ª ed., Civitas-Thomson, Madrid, 2007, p. 495. En este mismo sentido, LÓPEZ LÓPEZ, A.Mª “Comentario a los artículos 1281 y ss”, en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, XVII-2ª, dir. Por M. Albaladejo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1981, p. 2 ha señalado que interpretación de las normas de carácter general posee unas connotaciones que la hacen distinta de la de los contratos, en cuanto que la primera, aún teniendo en cuenta su intrínseca dificultad, es, como se ha puesto de relieve, mucho más circunscrita, porque se limita a liberar a las normas de las dudas y ambigüedades que eventualmente pueden afectarlas y es, por consiguiente, interpretación esencialmente objetiva, mientras que la segunda debe cumplir la misma finalidad con respecto a una regulación de intereses que alcanza tan solo su verdadero significado si se la refiere a la concreta voluntad de los que la crearon: de donde se deduce que la interpretación del contrato es, a un tiempo objetiva y subjetiva. La interpretación de la norma es la de un principio jurídico abstracto; la interpretación del contrato es la de un supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas, es decir, la interpretación de algo concreto (p. 2).

<sup>375</sup> Como sabemos, el criterio principal es atender a la voluntad común de las partes, arts. 1281 y 1282 CC.

<sup>376</sup> Criterio cuando no se puede conocer esa voluntad común y necesitamos conocer la declaración contractual con independencia de lo que se quiso por los declarantes (arts. 1284-1289 CC).

<sup>377</sup> PARRA LUCÁN, Mª A.:”Interpretación del contrato”, en *Derecho Privado Europeo*, coord.. por Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003, pp. 468-469.

Hecha esta primera aproximación, voy a entrar en el objeto de esta ponencia que, como ya conocen, es el analizar la normativa europea sobre interpretación del contrato. Para ello, voy a centrarme en las normas del Marco Común de Referencia comparándolas con otros textos normativos.

## **II. Normas de interpretación en el Derecho Europeo**

### **1-Situación actual**

A nivel comunitario, a la hora de conseguir la unificación del Derecho contractual europeo las instituciones comunitarias han optado preferentemente por la armonización de las distintas legislaciones estatales mediante las Directivas, como normas que imponen a los Estados miembros a adoptar en el plazo previsto en ella las medidas necesarias para alcanzar el resultado perseguido.

En este ámbito destaca la regulación en materia de consumidores. La falta de igualdad y equilibrio entre las partes contratantes ha llevado a desvirtuar la identificación del contrato con la autonomía de la voluntad de ambas partes. Así, en el ámbito del consumo el contrato es un contrato de adhesión, donde una parte, el empresario, está en una situación superior a la otra, el consumidor, y por ello el empresario le impone el contenido sin posibilidad de negociación y a través de condiciones generales. El legislador europeo ha buscado, por ello, proteger al consumidor con diferentes normas. Así, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 314/1990, del Consejo de 13 de junio sobre viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Directiva 97/7/CE del Parlamento y Consejo sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

En el ámbito de la interpretación de estos contratos, las reglas se orientan a completar la protección del consumidor o usuario. Así, en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril sobre cláusulas abusivas, se aplican a todo contrato de consumo que constituya un contrato de adhesión con cláusulas no negociadas individualmente. Esta Directiva se ha traspuesto con la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación.

Según esa Directiva, como ha señalado ESPIAU ESPIAU<sup>378</sup> la interpretación implica:

- a) Averiguar si las cláusulas se han negociado individualmente o no. Por tanto si es o no un contrato de adhesión.
- b) Proceder a fijar el contenido, significado y alcance de las cláusulas. Ver si la redacción ha sido clara y comprensible (interpretación literal) para determinar la voluntad. En caso de duda, art. 5, se atenderá al sentido más favorable para el consumidor.
- c) Determinar el carácter abusivo o no de las cláusulas generales: Si hay un desequilibrio importante entre las partes en detrimento del consumidor. Habrá que atender a todas las cláusulas del contrato; naturaleza del bien o servicio del contrato y circunstancias que concurrieron en su celebración. Esto implica atender tanto a elementos internos como externos en el momento de la celebración.

En un nivel más general, la normativa europea de interpretación del contrato la encontramos, primero en los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL, arts. 5:101 a 5:107) que posteriormente se han recogido con escasas variantes en el Marco Común de Referencia (DCFR, arts. II-8:101 a 8:107 y II-8:201-8:202). En ellos se han intentado recoger las características comunes de los distintos Estado miembros en la materia, como vamos a ver a lo largo de este trabajo.

## **2. La normativa de interpretación en el Marco Común de Referencia**

### **2.1. Criterio de interpretación general**

El artículo II.8:101. Bajo la denominación “Reglas generales” señala:

*“(1) Los contratos se interpretarán de conformidad con la intención común de las partes, incluso cuando esta no coincida con el significado literal de las palabras utilizadas.*

*(2) Si una parte quiso dar un sentido determinado al contrato o a una cláusula o expresión del mismo y en un momento de la celebración del acuerdo la otra parte*

---

<sup>378</sup> ESPIAU ESPIAU, “Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo”, *Bases de un derecho contractual europeo*, coord. por Santiago Espiau Espiau, Antoni Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 218 y ss.

*conocía o es razonable suponer que conocía esta intención, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera.*

*(3) El contrato se interpretará de la forma que normalmente lo haría una persona razonable:*

*a) Si no se puede determinar la intención de las partes de acuerdo con lo dispuesto en los dos apartados anteriores.*

*b) Si surge una cuestión respecto a una persona que no es parte del contrato o a la que la ley no confiere derechos más amplios que si lo fuera, y que razonablemente y de buena fe confió en el significado aparente del contrato”<sup>379</sup>.*

El legislador europeo, en su párrafo primero, y de acuerdo con la concepción general del contrato como acuerdo de voluntades (arts. 1254 CC), recoge como primer criterio general de interpretación del contrato: atender a la intención común de las partes. Este primer criterio general, que se impone a cualquier otro en el ámbito interpretativo, no es más que la elección del criterio subjetivo<sup>380</sup> por parte del legislador y es acorde con la posición legal de la mayoría de los Estados miembros europeos. Así, nuestro artículo 1280,1º lo recoge expresamente en igual sentido<sup>381</sup>. Este mismo criterio, ya se recogía en su antecedente art. 5:101<sup>382</sup> PECL, y, también se recoge en la Propuesta de modernización del Código civil, art. 1278,1<sup>383</sup>.

---

<sup>379</sup> Un precepto similar ya se recogía en la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de Mercaderías de 1980, en su art. 8: “1. *A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.* 2. *Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.* 3. *Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.*

<sup>380</sup> La interpretación es subjetiva, como señala DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 487, cuando se dirige a averiguar o a buscar la voluntad o intención común de los contratantes. Es una interpretación histórica del contrato, que busca reconstruir el pensamiento, intención y propósito de los autores de la regla contractual. En igual sentido, STS 3 de marzo de 2014

<sup>381</sup> Auto de 29 marzo 2017.

<sup>382</sup> 5:101: “El contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras”.

<sup>383</sup> Art. 1278: “Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras”.

Recientemente, el Código civil francés, tras la reforma de febrero de 2016, recoge los mismo términos que el DCFR en su artículo 1188: “*Le contrat s’interprète d’après la commune intention des parties plutôt qu’en s’arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s’interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation*”.

Esta regla general de interpretación es preferente en su aplicación a cualquier otra y su fuerza se observa porque incluso predomina la voluntad común aunque no coincida con el “significado literal de las palabras utilizadas”. ¿Podría suponer este predominio que el legislador europeo es contrario a la regla *in literis non fit interpretatio*? Parece que no es así. La regla citada se recoge de manera muy clara en el nuevo artículo 1192 del Código civil francés, tras la reforma de 2016, al señalar: “No se pueden interpretar las cláusulas claras y precisas salvo desnaturalización del contrato<sup>384</sup>” En este punto, podría decirse como señaló ya DE CASTRO respecto a buscar la voluntad real común frente a la literalidad: “*El Código recoge el principio de tener en cuenta lo que se quiere más que lo que se dice (Ya lo recogía Papiano, D. 50,16,219). Se prefiere la voluntad o intención al sentido literal de las palabras (art. 1281 y 675 CC) Así, señala el TS la misión del intérprete ha de consistir en indagar la verdadera voluntad de los contratantes*<sup>385</sup>”.

En apoyo de este criterio, se añade el párrafo 2º según el cual cuando una de las partes tenía un determinado sentido para el contrato y la otra parte lo conocía o era razonable que lo conociera, el contrato se interpretará conforme a ese sentido. Esto es,

<sup>384</sup> Art. 1192: “*On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation*”.

<sup>385</sup> DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., p. 82. LÓPEZ LÓPEZ: “Comentario art. 1281”, cit., pp. 25-26, quien señala que “*in claris non fit interpretatio*” implica no acudir a conjeturas o interpretaciones si el texto es claro. Los términos son claros porque no dejan lugar a dudas sobre la intención de las partes. Se trata de impedir que ante un texto claro se susciten cuestiones litigiosas de forma artificial. El art. 1281,1º está redactado de modo peculiar, pues con expresión equívoca manda atender a la común intención contractual en función de la literalidad de los términos del contrato. En realidad, significa que la expresión externa de la voluntad contractual sólo es atendible si es reflejo de la intención de los contratantes. Vid. En igual sentido Auto del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2017 que señala: “se ha de partir de que el principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática ( art. 1285 cc ) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación. no obstante, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato. cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. a ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del art. 1281 cc (“ si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas ”). pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance ( arts. 1282 - 1289 cc ), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.»[...] de

esta segunda parte manifiesta su voluntad acorde con el sentido querido por el primer contratante lo que implica concurrencia de voluntades.

Es posible que en determinados supuestos sea imposible conseguir conocer la voluntad común de las partes conforme a los dos primeros párrafos, por lo que el legislador europeo nos da otra posibilidad en el párrafo 3º: interpretarlo conforme lo haría un tercero. Pero no un tercero cualquiera, sino atender a la interpretación que le daría una persona razonable. Es un criterio subsidiario, frente a los anteriores y de carácter más objetivo: el criterio de la razonabilidad. La razón conforme ha señalado VATTIER FUENZALIDA es el principio de conservación del contrato, antes de señalar su ineficacia se sacrifica el criterio general subjetivo por este otro<sup>386</sup>. Con ello se favorece la seguridad y se agilizan las transacciones económicas. Esto significa que el legislador debe atender a lo que una persona razonable en iguales condiciones que las partes habría considerado sobre el significado del contrato<sup>387</sup>, similar al criterio de un hombre medio en iguales circunstancias y condiciones que conocemos.

El legislador europeo, dando un paso más, permite también utilizar el criterio objetivo de la razonabilidad cuando el contrato afecta a un tercero de buena fe o un tercero con determinados derechos derivados del contrato y a quien la ley “no le reconoce derechos más extensos que si lo fuera” (Cesionario). En estos casos estamos ante una norma de protección del tercero a quien el legislador defiende de los posibles acuerdos ocultos o fraudulentos de las partes, que él no podría conocer<sup>388</sup>.

Este criterio objetivo de la razonabilidad<sup>389</sup> no se recoge en nuestro Código civil, pero si en la Propuesta de modernización del Derecho de contratos. No obstante, la doctrina lo ha visto a través del concepto de la buena fe objetiva<sup>390</sup>. Existe, en este punto un problema. Este criterio de la razonabilidad deriva del Derecho inglés, que nosotros no tenemos. Ciertamente parece a nuestra idea de buena fe objetiva diligencia, etc., pero a pesar de ello, nuestro legislador, en ninguna norma del Código en materia de

---

<sup>386</sup> Vid. VATTIER FUENZALIDA, C.: “La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable”, *Actualidad Civil*, 2010-2, p. 1627. Vid. También, CORTADA CORTIJO, N.: “Interpretación”, *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T.I, coord. por Vaquer Aloy/Bosch Capdevila/Sánchez González, Atelier, Barcelona, 2012, p. 549.

<sup>387</sup> Vid. ESPIAU ESPIAU: “La interpretación...” cit., p. 238. En igual sentido, CORTADA CORTIJO: “Interpretación”, cit., p. 550.

<sup>388</sup> CORTADA CORTIJO: “Interpretación...”, cit. P. 551 entiende que este criterio ha de aplicarse siempre con independencia del conocimiento de la común intención de las partes.

<sup>389</sup> También se recoge en el art. 4.2 recoge dicho criterio hablando de el sentido que una persona sensata de la misma condición que las partes hubiera tenido, y en las mismas circunstancias.

<sup>390</sup> Se puede ver en este sentido, DIEZ PICAZO/ROCA/MORALES, *Los principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2000, p. 164; PARRA LUCÁN: “Interpretación...”, cit., p. 470.



interpretación recoge la posibilidad de acudir a este criterio, más bien lo que hace es que si no se consigue encontrar la voluntad común de las partes entonces conforme al 1289 CC: se declarará la nulidad del contrato<sup>391</sup>.

Para conseguir la interpretación del contrato conforme nos indica el artículo que estudiamos, el legislador nos dota de una serie de aspectos a tener en cuenta y que define como aspectos relevantes a la hora de realizar la interpretación, en el artículo siguiente II.8.102. Vamos a continuar con su estudio.

## **2.2. Criterios a tener en cuenta en la búsqueda de la voluntad común**

El artículo II.8.102, bajo la rúbrica “Aspectos relevantes” señala:

*“(1) Para interpretar el contrato se atenderá en esencial a lo siguiente:*

- a) Las circunstancias en las que el acuerdo se celebró, incluídas las negociaciones preliminares.*
- b) El comportamiento de las partes, incluído el subsiguiente a la celebración del contrato.*
- c) La interpretación que las partes han dado a otras cláusulas o expresiones idénticas o similares a las del contrato y a las prácticas establecidas entre ellas.*
- d) El sentido que habitualmente se confiere a dichas cláusulas y expresiones en el sector y la interpretación que se les hubiera podido dar previamente.*
- e) La naturaleza y objeto del contrato;*
- f) Los usos; y*
- g) La buena fe y la honradez de los tratos.*

*(2) Si una persona no es parte del contrato, o por ley no tiene mas derechos que si lo fuera, y ha confiado razonablemente y de buena fe en el significado aparente del contrato, se deberán tener en cuenta las circunstancias mencionadas en los subapartados (a), (b) y (c) anteriores, si bien únicamente en la medida en que esta persona conocía o podía esperarse de manera razonable tales circunstancias”.*

El artículo II.8.102 en su párrafo 1º recoge una serie de aspectos relevantes que el intérprete ha de tener en cuenta para fijar el contenido concreto del acuerdo entre las

---

<sup>391</sup> En igual sentido, ESPIAU ESPIAU: “La interpretación...”, cit, p. 238.

partes. Son medios interpretativos o criterios a tener en cuenta bien para averiguar el significado y alcance de la común intención de las partes o bien para acertar en su juicio de razonabilidad<sup>392</sup>.

Todos los criterios que se recogen no implican una lista cerrada y exhaustiva que debe utilizar el intérprete siempre, sino que como se desprende de los términos legales “se atenderá en lo esencial a lo siguiente”, es una enumeración abierta que permite al intérprete utilizar los que necesite para conseguir un resultado. Además, es importante tener en cuenta que la lista recogida mezcla elementos subjetivos y objetivos, es heterogénea. En este sentido, se ha señalado por la doctrina que el legislador nos ofrece una especie de guía con indicaciones para el intérprete<sup>393</sup>. Este artículo en términos similares se recoge en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones, art. 1279<sup>394</sup>

Vamos a analizar los distintos criterios establecidos:

a) Criterios subjetivos<sup>395</sup>: Son básicamente:

1-Las circunstancias en la que se celebró el contrato, incluidos los tratos preliminares.

Esto se recoge también en el Código civil español, como hemos visto en la ponencia anterior. Los tratos preliminares son fundamentales pues nos permiten ver el camino hacia el que se encaminaban las partes. No obstante, pueden excluirse por pacto, conforme al DCFR con base en el II:4:104, mediante mediante las llamadas cláusulas de integridad o absorción (merger

---

<sup>392</sup> Vid. ESPIAU ESPIAU: “La interpretación...”, cit., p. 226. En igual sentido, CORTADA CORTIJO, N: “Interpretación”, cit., p. 553.

<sup>393</sup> CORTADA CORTIJO, N: “Interpretación”, cit., p. 554.

<sup>394</sup> Art. 1279: “Para interpretar el contrato se tendrán en cuenta:

1-Las circunstancias concurrentes en el momento de su conclusión, así como los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos o posteriores.

2-La naturaleza y el objeto del contrato.

3-La interpretación que las partes hubieran ya dado a cláusulas análogas y las prácticas establecidas entre ellas.

4-Los usos de los negocios.

5-Las exigencias de la buena fe”.

Estas mismas circunstancias han de tenerse en cuenta en materia de interpretación en el caso de los Principios sobre los Contratos comerciales internacionales (Unidroit), conforme deduce la doctrina en los arts. 4.1. y 4.2. Vid. PARRA LUCÁN: “Interpretación...”, cit, p. 472.

<sup>395</sup> Estos criterios son acordes con lo señalado en nuestro artículo 1282. Este precepto unido al 1281 se ha interpretado en el sentido de que son una sola norma y reflejan el principio espiritualista, como criterio de prevalencia en la interpretación del contrato. El art. 1282 auxilia al intérprete para intentar buscar la común intención de las partes. Para LÓPEZ LÓPEZ : “Comentario”, cit., pp. 25, 28, 33-34, el 1282 significa que en materia de interpretación contractual no sólo se puede recurrir a datos fuera del tenor literal para averiguar la intención común de los contratantes sino que estos datos están constituidos por la conducta de los mismos, significativa en el orden contractual y apreciada en toda su complejidad.

clauses) que provienen del Common Law<sup>396</sup>. Estas cláusulas atienden fundamentalmente a la formación del contrato y no a la interpretación, y se trata con su exclusión de evitar incluir en el contrato elementos ajenos al mismo atendiendo sólo a lo suscrito.

2- El comportamiento de las partes, incluso tras la celebración del contrato. La conducta de las partes es un elemento esencial en este ámbito y el elemento principal a valorar para determinar su común intención. Esto puede deducirse de los arts. 1281 y 1282 CC<sup>397</sup>.

3- Interpretación de las partes a otras cláusulas o expresiones idénticas o similares.

Estos criterios subjetivos se limitan cuando afectan a terceros de buena fe “en la medida en que esta persona conocía o podía esperarse de manera razonable que conociese tales circunstancias”.

b) Criterios objetivos: Se recogen en los apartados d, e, f y g. Así son:

1- El sentido habitual de las cláusulas y expresiones en el sector y la interpretación que se les hubiera podido dar previamente.

2- La naturaleza y objeto del contrato. El legislador lo recoge como elemento de interpretación del contrato, y son elementos que nos pueden permitir

---

<sup>396</sup> CORTADA CORTIJO, N: “Interpretación”, cit., p. 555.

<sup>397</sup> Este criterio y su relación con la normativa europea puede verse en la Sentencia núm. 671/2016 de 16 noviembre que señala : “si las partes, durante la vigencia del contrato, contemplaron la posibilidad de que en las anualidades siguientes a la primera el comitente pudiera, a su arbitrio, no realizar pedido alguno, o si por el contrario asumía la obligación de mantener una mínima relación comercial, aunque ésta no se identificara con la obligación de realizar un pedido mínimo para cada anualidad. Con lo que explícitamente da entrada al criterio de interpretación de la conducta de las partes, para llegar a la conclusión de que el comitente, en el marco de la relación comercial celebrada, sí que asumió, al menos, la obligación de mantener la relación comercial con la empresa fabricante, es decir, la de realizar algún pedido del producto encargado. Por lo que no infringe el artículo 1281.1 del Código Civil. Conclusión, por otra parte, concorde con la naturaleza y alcance del contrato celebrado, en donde el fabricante (cláusula segunda) asumía unas costosas obligaciones de fabricación y puesta a disposición del producto que difícilmente podrían resultar lógicas sin el amparo de una previa relación comercial de compra de estos productos. Por último, configurada de esta forma la finalidad o base económica de la relación comercial llevada a cabo entre las partes, también hay que resaltar el carácter esencial del incumplimiento de la demandada en orden a justificar la resolución contractual ejercitada por el fabricante, tal y como señala la sentencia recurrida. En este sentido, esta Sala, entre otras, en su sentencia núm. 638/2013, de 18 de noviembre (RJ 2014, 2233) , concorde con el marco de referencia de los principios del derecho europeo de la contratación (PECL, artículos 8:103 y 9:301, y 87 de la Propuesta de Reglamento), tiene declarado que el incumplimiento esencial, como concepto vinculado al plano satisfactivo del cumplimiento de la obligación, se proyecta en orden a los intereses primordiales que justificaron la relación comercial. Proyección que puede definirse, con carácter general, como las expectativas de cumplimiento de «todo aquello que cabía esperar, de un modo razonable y de buena fe, de acuerdo con la relevancia y características del contrato celebrado». En el presente caso, el mantenimiento de la relación comercial de compra durante la vigencia del contrato. Obligación incumplida de un modo grave por el comitente que durante el año 2009, y en contra de las previsiones establecidas, dejó de realizar pedidos en firme al fabricante”.

encontrar el significado del acuerdo de las partes: voluntad y contenido del contrato. No obstante, este aspecto también se ha recogido por el legislador, en el art. II:9:101 como elementos de integración para dar contenido legal al contrato<sup>398</sup>.

Como elemento de interpretación es discutible. La doctrina ha señalado que para calificar el contrato primero debemos conocer la voluntad de las partes y hacer un juicio de razonabilidad. Una vez calificado, el tipo contractual nos permitirá dar sentido a determinadas cláusulas o expresiones ambíguas<sup>399</sup>.

La naturaleza y objeto del contrato se regula en nuestro artículo 1286 CC<sup>400</sup>.

### 3- Los usos.

El uso como elemento de interpretación se regula en el art. 1287 CC: “uso o costumbre del país”. En palabras de DÍEZ-PICAZO, los usos ya se usaban en Derecho romano, y en el art.1287 tienen función interpretativa de la voluntad común o común intención de las partes, si bien sólo se aplican si las partes lo conocían o no lo habían excluido<sup>401</sup>. No se aplica si las partes no lo conocían o lo habían excluido.

4-La buena fe y la honradez de los tratos. La buena fé es un principio general que, como se ha señalado, más que un criterio de interpretación es un principio que inspira a toda la regulación del contrato. Como señala el art. I-1:103: es un principio general que establece el estándar al que los contratantes deben ajustar su conducta “caracterizado por la honestidad, franqueza y toma en consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión”. De ahí la necesidad de interpretar las cláusulas oscuras o ambíguas, conforme a la buena fe objetiva, no

---

<sup>398</sup> ESPIAU ESPIAU: “Interpretación...”, cit., p. 238 quien habla de contenido legal u obligaciones contractuales implícitas. CORTADA CORTIJO, N: “Interpretación”, cit., p. 556.

<sup>399</sup> Vid. JORDANO BAREA: “La interpretación de los contratos”, en *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 312-313; CORTADA CORTIJO: “Interpretación”, cit., p. 556.

<sup>400</sup> No obstante, la STS de 16 de noviembre de 2016 ha señalado que :” Esta Sala, entre otras, en las SSTs de 26 de marzo de 2013 (núm. 165/2013 (RJ 2013, 6412) ), 12 de abril de 2013 (núm. 226/2013 (RJ 2013, 7415) ) y 18 de noviembre de 2013 (núm. 638/2013 (RJ 2014, 2233) ), también ha resaltado la instrumentación técnica de la «base del negocio» como criterio de interpretación contractual bien con relación a la calificación del contrato, o bien con relación a la determinación del objeto y finalidad del contrato proyectado”.

<sup>401</sup> DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 509-510. LÓPEZ LÓPEZ, “Comentario”, cit., p. 48 señala a este respecto que el 1287 es una norma de interpretación objetiva que supone el previo agotamiento de todos los medios de interpretación subjetiva (ausencia de cualquier indicio, incluso tácito, de voluntad).

subjetiva (creencia o ignorancia de una parte)<sup>402</sup>. Como principio general se regula en el art. 1258 CC<sup>403</sup>.

### 2.3. Regla contraproferentem

Tras las dos primeras normas analizadas, donde el legislador otorga al intérprete normas generales y criterios a tener en cuenta para encontrar la voluntad común de las partes, ahora, se ha recogido la regla tradicional de interpretación contra quien propuso el contrato e impuso su contenido. “Interpretatio contra stipulatorem”.

Así, el II.8.103 bajo la rúbrica “Reglas contraproferenten: las cláusulas se interpretarán contra los intereses de la parte que las propuso o de la parte dominante” señala:

*“(1) Cuando existan dudas acerca del significado de una cláusula no negociada individualmente, tendrá preferencia la interpretación contraria a los intereses de la parte que la ha propuesto.*

*(2) En caso de duda sobre el significado de alguna cláusula incluida mediante la clara influencia de alguna de las partes, tendrá preferencia la interpretación contraria a los intereses de ésta”.*

El legislador recoge una norma tradicional en todo el ámbito jurídico de protección a una de las partes contratantes y que deriva de la imposición del contenido contractual elaborado por una de las partes a la otra. Significa que toda cláusula dudosa en su redacción o impuesta por una de las partes se interpretará contra los intereses de dicha parte.

Esta norma está recogida en el Marco Común como una verdadera norma interpretativa y no un mero medio o criterio. Es una norma de interpretación objetiva, con independencia de la voluntad de las partes, que busca básicamente, como señalara

---

<sup>402</sup> Vid. CORTADA CORTIJO: “Interpretación”, cit., p. 556.

<sup>403</sup> Como ha señalado DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., pp. 500-501 el principio de buena fe es un criterio en materia de interpretación, pues todos los contratos deben interpretarse conforme a la buena fe. Es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante. Esto implica que los contratos se interpretarán presuponiendo lealtad y corrección en su elaboración (expresión normal de una persona honesta); y el contrato debe considerarse con el sentido más conforme para llegar al desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales. La buena fe implica también confianza y autorresponsabilidad en la interpretación.

JORDANO, proteger la confianza del destinatario y hacer autorresponsable al declarante, siempre respetando la validez del contrato<sup>404</sup>.

Como norma interpretativa, el legislador europeo, a diferencia de lo que ocurría en los PECTL que sólo se aplicaba para los contratos de adhesión y contratos con cláusulas generales (5:103), recoge una regla general aplicable siempre que existan dudas por falta de negociación individual o por superioridad de una de las partes. En este sentido, está claro que sanciona a la parte que por su superioridad ha provocado falta de claridad o comprensibilidad en el contenido contractual<sup>405</sup>.

El intérprete, en estos casos, tras ver que hay una cláusula predispuesta por una parte y ambigua, no va a buscar la voluntad común ni irá al juicio de razonabilidad, sino que resolverá la oscuridad en sentido contrario a los intereses de la parte que lo ocasionó<sup>406</sup>. Esta cláusula no es interpretativa, sino más bien busca el equilibrio de las partes, por lo que su aplicación debe limitarse a los casos en que el manejo de los medios interpretativos no haya permitido alcanzar un sentido claro de la cláusula dudosa. Ahora bien, en materia de consumo, podría llegar a ser abusiva y por tanto no aplicable<sup>407</sup>.

## 2.4. Preferencia de las cláusulas negociadas individualmente

El artículo II.8:104: *“Las cláusulas negociadas individualmente tienen preferencia sobre las que no lo han sido”*.

---

<sup>404</sup> JORDANO BAREA: “La interpretación de los contratos”, cit., p. 316. LÓPEZ LÓPEZ: “Comentario”, cit., pp. 53 y ss, señala que el 1288 es una norma de interpretación objetiva aplicable cuando no hay posibilidad de averiguar cual es la voluntad real, no es una sanción sino un criterio hermeneútico cuando a la oscuridad se suma el no poder establecer la interpretación subjetiva, siempre conforme a la naturaleza y objeto del contrato. Se debe expresar la voluntad de forma clara, para no lesionar la confianza de la otra parte. Implica autorresponsabilidad de la parte contractual que contra la carga de hablar claro hubiese formulado términos oscuros o ambiguos y se tutela la confianza del otro contratante.

<sup>405</sup> CORTADA CORTIJO: “Interpretación”, cit., p. 559.

<sup>406</sup> Es idéntico a lo que recoge el art. 1288 CC: La interpretación de cláusulas oscuras no debe favorecer al que promovió la oscuridad. Y se recoge igualmente en la Propuesta de Modernización de Código civil en Derecho de obligaciones, art. 1280: *“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”*. También se regula en los Principios Unidroit, art. 4.6. En este sentido podemos ver las SSTs de 2 de abril de 2009 (RJ 2009, 1754); 15 de julio de 2009 (RJ 2009, 4707) y 20 de julio de 2011 (RJ 2011, 6128). Este artículo no se refiere sólo a consumidores, sino que se aplica a todos los contratos, aunque su ámbito de aplicación esté en los contratos de adhesión. Más limitado en cuanto a sus destinatarios, sólo consumidores, pero con igual contenido es el art. 80,2º TRLGCU que, junto a los arts. 82.4 y 85 a 89 regula las cláusulas abusivas y su nulidad. En materia de cláusulas generales, la Propuesta de modernización tiene una regulación exclusiva en los arts. 1261 a 1264.

<sup>407</sup> El legislador francés, tras la reforma de 2016, también lo regula al señalar en su art. 1190: *“Dans la doute, le contrat de gré à gré s’interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d’adhésion contre celui qui l’a proposé”*.

El legislador europeo, siguiendo la regla general de interpretación subjetiva del II.8:101, recoge aquí una regla especial de interpretación donde se recoge la prevalencia de la voluntad común de las partes. No hay duda que si las cláusulas se negocian individualmente entre las partes, la voluntad común de ambos aparece claramente en el contrato y tendrán prioridad frente a las cláusulas generales o prerredactadas por una de las partes<sup>408</sup>. Ciertamente, como ha señalado parte de la doctrina, este precepto tiene muy poca utilidad, pues no es más que una matización del II.8.101 y de su propia interpretación ya se deduce<sup>409</sup>.

Esta regla de prevalencia tiene especial importancia en el campo de las condiciones generales de la contratación, y, por tanto en el ámbito de los consumidores, sujetos especialmente considerados por la Unión Europea y que ya motivó determinadas normas donde se recoge ese principio, como el art. 6.1º de la LGCG<sup>410</sup>. No obstante, la normativa del Marco Común de Referencia tiene una extensión general a todo tipo de contratos y no sólo es aplicable a los consumidores.

## 2.5. La interpretación sistemática

El legislador europeo en el artículo II.8:105, bajo la rúbrica “Referencia al contrato como unidad”, señala:

*“Las cláusulas y términos de un contrato deben interpretarse a la luz del contrato en su conjunto”.*

El legislador recoge aquí el sistema de interpretación sistemática. El contrato es un todo, un conjunto orgánico, por lo que debe buscarse el sentido relacionando sus términos y cláusulas unas con otras. Sólo así, en esa interrelación, se podrá conseguir encontrar la voluntad común de las partes.

---

<sup>408</sup> Esta preferencia en caso de conflicto, si bien en el ámbito de la formación del contrato, se regula en el art. 2.1.21 de los Principios Unidroit: “En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última”. Estos principios también regulan la interpretación sistemática del contrato en el art. 4.4.

En un sentido similar, y dentro de la misma estructura de formación del contrato, la Propuesta de Modernización del Código civil, en su art. 1261 señala: “En caso de contradicción entre una condición general y otra que no lo sea, prevalecerá siempre esta última”.

<sup>409</sup> Así CORTADA CORTIJO: “Interpretación”, c it., p. 564.

<sup>410</sup> Art. 6.1º: “Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”. Esta norma se contenía en el derogado artículo 10.2.2. de la LGDCU.

Este criterio es similar al art. 1285 CC, que nos manda realizar la interpretación unas cláusulas contractuales con otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas<sup>411</sup>. Este valor se recoge igualmente en la jurisprudencia española, viendo el contrato como un todo indivisible. Así, SSTs 18 de junio de 1992 (RJ 1992, 5320) y 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964, 5556) y recientemente, en la sentencia núm. 15/2017 de 16 enero<sup>412</sup>.

## **2.6.La conservación del contrato**

El art. II-8:106, bajo la rúbrica “Principio de la interpretación que conceda eficacia a las cláusulas” señala:

*“Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de las cláusulas del contrato será preferida frente a las interpretaciones que las nieguen”.*

El legislador europeo, siguiendo la tradición jurídica de todos los ordenamientos europeos (continentales y anglosajones), está a favor de la licitud y eficacia de las cláusulas contractuales como razón del principio de conservación del contrato.

---

<sup>411</sup> Este mismo valor se recoge en el art. 1280,1º de la Propuesta de Modernización del Código civil. El legislador francés, también lo ha recogido claramente en su artículo 1189: “*Toutes les clauses d’un contrat s’interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l’acte tout entier. Lorsque, dans l’intention des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération ils s’interprètent en fonction de celle-ci*”.

<sup>412</sup> «[...] la interpretación literal colabora decisivamente en orden a establecer la cuestión interpretativa, esto es, que el contrato por su falta de claridad, contradicciones, vacíos, o la propia conducta de los contratantes, contenga disposiciones interpretables, de suerte que el fenómeno interpretativo deba seguir su curso, valiéndose para ello de los diferentes medios interpretativos a su alcance, para poder dotarlo de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y de conformidad con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual]». Esto último es lo que ocurre en el presente caso, en donde la sentencia recurrida, conforme a la doctrina jurisprudencial reseñada, advierte expresamente de la insuficiencia de la interpretación literal para dotar, por sí sola, ante la falta de claridad y contradicciones de la literalidad del contrato, de sentido unívoco a la cuestión planteada. Por lo que el recurso a los restantes criterios o medios interpretativos su alcance, no puede constituir infracción del artículo 1281, párrafo primero, del Código Civil. En igual sentido, STS de 16 de noviembre de 2016: “Con carácter general, respecto de las directrices y criterios de interpretación de los contratos, esta Sala tiene declarado el carácter instrumental que presenta la interpretación literal del contrato que se infiere del criterio gramatical del mismo ( párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil ), de forma que no puede ser valorada como un fin en sí misma considerada, o como un dogma del proceso interpretativo, pues la atribución del sentido objeto de la interpretación, y de ahí la unidad lógica del artículo citado, conforme a su segundo párrafo, sigue estando en la búsqueda de la voluntad realmente querida por las partes contratantes. Esto supone, conforme a la interpretación sistemática como presupuesto lógico-jurídico del proceso interpretativo ( artículo 1285 del Código Civil ), que cuando los términos del contrato no son claros y dejan dudas sobre la intención querida por los contratantes, la interpretación no se detenga en el criterio gramatical y tenga que recurrir a los diferentes medios interpretativos a su alcance, entre otros, a los que constituyen la denominada interpretación integradora del contrato, artículos 1282 y 1283 del Código Civil (entre otras, SSTs núms. 27/2015, de 29 de enero (RJ 2015, 1621) y 274/2016, de 25 de abril (RJ 2016, 1836) “.



Como señala la doctrina<sup>413</sup>, este principio de conservación del contrato se basa en dos consideraciones:

- a) La lógica voluntad de las partes de formalizar un contrato válido y eficaz. = art. 5:106 PECL.
- b) La necesidad de contención del esfuerzo, tiempo y dinero que supondría reiniciar una negociación contractual ya concluida y presumiblemente querida.

Es una regla interpretativa objetiva pues señala cual ha de ser la interpretación resultante pero se une a la común intención de las partes atendiendo a su presunta voluntad de no realizar un contrato ineficaz. Como ha señalado DÍEZ-PICAZO<sup>414</sup>, el principio de conservación del contrato es un criterio fundamental en la interpretación, y ha de buscarse la eficacia del contrato. Este principio, proveniente del Derecho francés, con Pothier, se recoge en nuestro Código civil por varias razones: las partes al insertar una cláusula han querido algo; es una regla dictada por la razón: se quiere algo; y, las partes naturalmente han querido hacer una cosa seria y útil. Respecto a este principio, DE CASTRO<sup>415</sup>, ha señalado que lo que importa es conocer “cual fuese la inspiración o propósito”, “el espíritu o finalidad que haya presidido el negocio”, no siendo decisivo el nombre dado al negocio sino “la voluntad real”, “la verdadera naturaleza de la convención establecida”.

Este principio se recoge en el art. 1284 CC y se concreta en el art. 1289 CC<sup>416</sup>.

## 2.7.Utilización de distintos idiomas a la hora de redactar el contrato

El legislador, dada la diversidad lingüística de los distintos Estados miembros, ha previsto en el art. II-8:107, el supuesto de “Discrepancias lingüísticas”. Dice así:

*“En caso de discrepancia entre las versiones de un contrato redactado en dos o más idiomas, o/y cuando ninguna de ellas revista el carácter de versión oficial, tendrá preferencia la interpretación más acorde con la versión en que se redactó originalmente el contrato”.*

---

<sup>413</sup> Vid. CORTADA CORTIJO: “Interpretación”, cit., p. 567.

<sup>414</sup> DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 498-499.

<sup>415</sup> DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., p. 89.

<sup>416</sup> Este criterio también se recoge en los Principios Unidroit, art. 4.5. El legislador francés también lo ha recogido expresamente, señalando en su art. 1191: “Lorsqu’une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l’emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun”.

El legislador ha querido evitar dejar lagunas en materia de interpretación. Como es sabido, la diversidad de lenguas en la Unión Europea, puede motivar que el contrato acordado entre las partes se recoja por escrito en diversas lenguas. Esto, a su vez, puede motivar luego problemas de interpretación de ciertos términos, ante las diferentes versiones existentes. Por ello, si no hay una versión oficial, el legislador acuerda como criterio interpretativo la prevalencia de la versión más acorde con aquella versión en que se redactó originalmente el contrato. Es una norma de carácter imperativo que ya se recogía de forma similar en el art. 5:107 de los PECL<sup>417</sup>.

A pesar de parecer un artículo claro, se nos plantea un problema importante: ¿Cuál es la versión auténtica? . El II.8:107 no dice nada, frente a otros textos donde se parte de que la versión auténtica será aquella en la que se redactó originariamente el contrato.

En todo caso, la doctrina<sup>418</sup> ha señalado que habría que atender a:

- a) Si hay versión original fijada de mutuo acuerdo, se atenderá a su contenido.
- b) Si hay versión oficial, redactada y fijada unilateralmente por una de las partes, se atenderá a la versión contra proferente.
- c) No hay versión oficial, se atenderá a la versión en que se redactó originariamente el contrato.
- d) No hay versión oficial y las partes dan a todas las versiones el mismo valor. Las divergencias se resolverán conforme a las normas generales: primero la versión que mejor responda a la común intención; sino, lo que un hombre razonable hubiera entendido.

No existe norma en Derecho español sobre discrepancias lingüísticas. Las partes deben establecer qué versión es la auténtica. Sino, acudiremos a los arts. 1280 y ss. Si lo ha hecho el art. 1281 de la Propuesta de Modernización en los siguientes términos: *“Cuando existan versiones de un contrato en diferentes lenguas y ninguna de ellas haya sido declarada preferente, en caso de discrepancia, se adoptará para la interpretación la versión original”*.

## 2.8. Interpretación de otros actos jurídicos

---

<sup>417</sup> También puede verse una norma similar en el art. 4.7 de los Principios Unidroit.

<sup>418</sup> CORTADA CORTIJO: “Intepretación”, cit., p. 569.

Para terminar este trabajo, simplemente, me gustaría hacer referencia a las dos normas que se recogen en II-8:201 y II.8.202 donde se regula la interpretación de actos jurídicos unilaterales. Siguiendo el sistema anterior, el legislador parte de una serie de reglas generales:

#### II-8:201 Interpretación de otros actos jurídicos. Reglas generales

*“(1) Los actos jurídicos unilaterales deberán interpretarse según cabe esperar razonablemente que lo entendiera la persona a la que están dirigidos.*

*(2) Si se demuestra que la persona que celebra el acto jurídico buscaba otorgar un sentido determinado a éste, o a una cláusula o término del mismo, y en un momento de la formalización la persona a la que estaba dirigido tenía conocimiento o es razonable suponer que tuviera conocimiento de esta intención, el acto jurídico deberá interpretarse en el sentido dado por la primera persona.*

*(3) No obstante, el acto jurídico se interpretará en el sentido que normalmente le daría una persona razonable:*

*a) si no son de aplicación el apartado (1) ni el apartado (2).*

*b) si surge una cuestión respecto a una persona que no es el destinatario del acto jurídico o a la que la ley no confiere derechos más amplios que si lo fuera y que razonablemente y de buena fe confió en el significado aparente del contrato”.*

Y, en su segundo artículo, simplemente acude a la aplicación analógica de la normativa de contratos.

#### II.8:202 Aplicación de otras reglas por analogía

*“Las disposiciones de la sección I, salvo el primer artículo, son de aplicación, con las modificaciones necesarias, a la interpretación de los actos jurídicos que no sean contratos”.*

Estas normas deben referirse a los actos jurídicos unilaterales, pues los contratos son actos bilaterales o multilaterales. Al ser actos unilaterales, las reglas de interpretación no

pueden ser igual a la de los contratos. De ahí que se atienda más al criterio objetivo de razonabilidad que al de la intención del autor del acto.

No existe ninguna norma similar en el Derecho español aunque se consideran por la jurisprudencia actos que reflejan la voluntad de quien emite la declaración con la intención de asumir los deberes que de ella deriven (STS 30 de septiembre de 1975 (RJ 1975, 3408). Si bien, es admitido que cabe utilizar las normas de interpretación del contrato de los arts. 1281 y ss CC.

### **III- Conclusiones**

El legislador europeo, en su tendencia a la unificación del Derecho contractual europeo, ha optado por unir el criterio subjetivo y objetivo en materia de interpretación, si bien, como regla general, de acuerdo con la tradición europea ha mantenido el buscar la voluntad común de las partes.

La búsqueda de dicha voluntad se hace con los sistemas tradicionales utilizados por los intérpretes jurídicos: criterio literal, sistemático; lógico; finalista; y, por influencia del Derecho de consumo, contra la parte que motivó la oscuridad o la dificultad en la interpretación.

No obstante, los rasgos del Common Law se dan básicamente en el ámbito del criterio de la razonabilidad, similar en resultados a la buena fe objetiva, cuando la voluntad real no puede encontrarse con los medios subjetivos tradicionales.

La regulación del Marco Común de Referencia no es muy novedosa, pues el legislador ha optado por ir recogiendo las diferentes normas internacionales en materia de contratación mercantil existentes, básicamente, los Principios Unidroit y la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías de 1980.

### **IV- BIBLIOGRAFÍA**

DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio jurídico*, Madrid, reimpresión edición 1971, Civitas, 1985.

CORTADA CORTIJO, N., "Interpretación", Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia, T.I, coord..por Vaquer Aloy/Bosch Capdevila/Sánchez González, Atelier, Barcelona, 2012.

DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Civitas-Thomson 6ª ed., 2007.

DIEZ PICAZO/ROCA/MORALES, *Los principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2000.

ESPIAU ESPIAU, "Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo", *Bases de un derecho contractual europeo*, coord. por Santiago Espiau Espiau, Antoni Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

JORDANO BAREA: "La interpretación de los contratos", en *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.

LÓPEZ LÓPEZ, AMª: "Comentario a los arts. 1281-1289", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2ª, dir. Por M. Albaladejo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1981.

PARRA LUCÁN, Mª A.: "Interpretación del contrato", en *Derecho Privado Europeo*, coord.. por Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003.

VATTIER FUENZALIDA, C.: "La interpretación del contrato, entre la intención de las partes y el criterio de una persona razonable", *Actualidad Civil*, 2010-2, p. 1627

## **LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO REGLAS DISTRIBUIDORAS DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS DECLARACIONES**

**Ángel Juárez Torrejón<sup>419</sup>**

***Universidad Carlos III de Madrid***

La cuestión referida a la interpretación de los contratos, y más ampliamente, de los negocios jurídicos bilaterales, es una cuestión que no puede comprenderse adecuadamente si no es con relación a la mayor o menor importancia que, en una sociedad, se le reconoce a la autonomía privada como mecanismo efectivo de autocomposición de los propios intereses. Si imaginamos un sistema de contratación primitivo, formulario o ritualístico, en el que el pronunciamiento de una fórmula haga surgir el contrato, el problema interpretativo es difícil que surja más allá de la identificación de los elementos esenciales del contrato, porque el propio Legislador no deja espacio al problema interpretativo más allá: el formulismo ritual en el momento generador del contrato, presupone un contenido contractual rígido y predeterminado, y por tanto, la situación que cada parte asume en la relación jurídica creada es, igualmente, prototípica.

La importancia de la función interpretativa de los contratos, crece en relación directamente proporcional al reconocimiento de la libertad, tanto en la generación como en el contenido, del contrato y de la regla contractual que contiene, puesto que la ley ya no monopoliza el contenido de la situación jurídica generada, que ahora ya debe venir, cada vez más, dada por las partes. Por esto es fácil comprender que en un sistema en el que *en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro, valga la obligación, y quede sujeto al cumplimiento de aquello a lo que se obligó*, el problema interpretativo adquiere su máxima importancia: ya no se trata de que alguien quede

---

<sup>419</sup> [ajuarez@der-pr.uc3m.es](mailto:ajuarez@der-pr.uc3m.es)

contractualmente obligado *cuando* quiera y *con quien* quiera (lo que podríamos llamar autonomía privada *formal*), sino también *como quiera* (autonomía privada *material*)<sup>420</sup>: lo primero es un problema de *perfección del contrato* y queda fuera del tema que ahora nos interesa; lo segundo es un problema de *contenido* del contrato, y es el objeto sobre el que típicamente se proyecta la función interpretativa de los contratos.

Las ideas expuestas brevemente hasta aquí, permiten asentar, como punto de arranque para las ideas que se exponen en esta comunicación, que la interpretación del contrato desarrolla un papel esencial en la determinación del contenido contractual, y por tanto, en la definición de la posición jurídica de las partes en la relación creada. El contrato es un mecanismo de contacto social, y más en concreto, de puesta en común de unos intereses, en el que los contratantes asumen un papel de *satisfactores* de los mismos más o menos intenso según el caso. En este sentido, el contrato es un mecanismo de distribución, entre las partes contratantes, del riesgo de satisfacción de los intereses comprendidos en lo que podríamos llamar “órbita de protección” o “fin de protección” del contrato. Visto desde el otro lado, el contrato es un mecanismo distribuidor de una responsabilidad libremente asumida respecto de la satisfacción de unos intereses cubiertos por el contrato.

La determinación de tales intereses cubiertos, el señalamiento de lo que desde la regla contractual se entiende como una conducta adecuada y satisfactoria de lo que podía legítimamente exigirse del que la realiza, nos lo indica, *ante todo*, el resultado de la labor interpretativa<sup>421</sup>.

### **Las reglas de los artículos 1281 a 1289 CCiv como reglas de responsabilidad en la determinación del contenido contractual**

El bloque normativo constituido por los artículos 1281 a 1289 CCiv (Capítulo IV, Título II, Libro IV del Código Civil), recoge una serie de normas cuya presencia y

---

<sup>420</sup> GARCÍA GOYENA, al comenzar el comentario a la primera de las disposiciones destinadas en el Proyecto de Código de 1851 a la interpretación (art. 1019), comienza diciendo que “la voluntad de las partes es la ley de los contratos” (*Concordancias*, III, 54). En una línea de arranque distinta, pero directamente relacionada con la idea expuesta, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN comienzan explicando la materia de interpretación de los contratos como una institución que tiene por hipótesis que “están mal concebidas las convenciones”, para lo que es conveniente “fijar algunas reglas para interpretarlas” (*Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, II, 1872, 202).

<sup>421</sup> Y creo que debe decirse “ante todo”, porque además de interpretar el contrato, posiblemente haya también que *integrarlo*. Sin embargo, lógicamente la labor integradora del contrato, es posterior a la labor interpretativa, porque sólo después del resultado que arroje dicha labor interpretativa son detectables los vacíos contractuales que habrá que *integrar*.

vigencia debe ser considerada *a priori* por los contratantes, por cuanto que son reglas atributivas de sentido de las expresiones por ellos utilizadas en la confección del contenido de la regla contractual. Son normas establecidas por el Legislador para dotar, en los casos problemáticos, de un determinado sentido a las expresiones empleadas por todo contratante, independientemente del tipo contractual de que se trate<sup>422</sup>, y por tanto, atributivos de autorresponsabilidad, para el que los emplea, en relación al sentido que legítimamente (jurídicamente) cabe esperar de ellas por parte del otro contratante. Esto introduce en el debate dos ideas que me parecen fundamentales en sede de interpretación de los contratos, y que se suele dejar de lado en la explicación de la materia en nuestros manuales, aunque han sido suficientemente desarrolladas en el ámbito del *Common Law*: 1) la idea de que *sólo* hay *una* interpretación *legítimamente* (jurídicamente) correcta; y 2) la *previsibilidad* del resultado interpretativo (con la consiguiente implícita asunción de dicho resultado cuando se contrata en los términos en que se hace).

Esto permite además apuntar alguna idea sobre la naturaleza, imperativa o dispositiva, de las normas legales de interpretación. Creo que puede razonablemente concluirse en el carácter *imperativo* de estas normas (arts. 1281-1289 CCiv). Pero carácter *imperativo*, en el bien entendido que ello no significa que el declarante no controle el supuesto de hecho determinante de la aplicación de la regla interpretativa: la aplicación de la regla interpretativa supone la asunción por parte de aquel del que proviene, del sentido que haya que dar a los términos empleados *ex arts.* 1281-1289, y en este sentido es una regla que, por ser interpretativa, es una regla atributiva de autorresponsabilidad del sentido de su declaración. En este sentido, es absolutamente imposible que un contratante pueda escapar de la aplicación del bloque normativo que suponen los mencionados preceptos; pero lo que sí puede es configurar el supuesto de hecho que implica su declaración para evitar la aplicación de una norma interpretativa concreta; pero esto le hará, forzosa y necesariamente, caer en el supuesto de hecho de *otra* regla interpretativa de las allí previstas.

Por ejemplo: si un contratante, antes del momento de perfección del contrato, se preocupa de forma expresa de evitar que un determinado concepto

---

<sup>422</sup> A lo sumo, el art. 1289 diferencia criterios interpretativos según el contrato sea oneroso o gratuito, pero nada más.



sea empleado en el sentido que cabría atribuirle *ex art.* 1282 o conforme al 1285, el contratante que así actúa *salva* su autorresponsabilidad por el sentido que, de otro modo, se le atribuiría a la expresión salvada; pero esto le hace entrar en el supuesto del art. 1281 CCiv, como norma también atributiva de autorresponsabilidad del sentido de los términos empleados.

#### A) Sólo hay una interpretación legítimamente esperable (jurídicamente correcta)

Las reglas interpretativas de los artículos 1281 y ss CCiv conducen a *un resultado*: el resultado *querido por el Legislador*, y por tanto, de todas las interpretaciones lingüísticamente posibles, la única jurídicamente atendible.

Que las reglas jurídicas de interpretación de los contratos son plasmación de un previo juicio valorativo realizado por el Legislador, y resultado de una ponderación de intereses y de lo que cree adecuado, es algo difícil de negar, aunque hay que reconocer que ello resulte menos obvio que en relación con el problema de la *interpretación de las normas*. La razón de su menor evidencia, es que las normas tienen por destinatario a la sociedad, y por tanto la interpretación que se dé a una norma tiene una trascendencia, igualmente, social. Sin embargo, la interpretación que se haga de los términos de un contrato no tiene esa trascendencia social, porque el contrato es *lex privata* entre sólo los contratantes<sup>423</sup>. Ahora bien: las normas jurídicas que se articulan para *interpretar cualquier contrato* sí son normas dirigidas a la sociedad, y consecuentemente el Legislador tiene herramientas para dirigir, en la generalidad de los casos, a unos determinados intereses o principios, el resultado interpretativo en abstracto de los contratos celebrados en una sociedad<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> Como ha señalado LÓPEZ Y LÓPEZ, “la interpretación de la norma es la de un principio jurídico abstracto; la interpretación del contrato es la de un supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas, es decir, la interpretación de algo concreto”. Comentario a los artículos 1281 y 1282 /en/ CAÑIZARES LASO; PABLO CONTRERAS; ORDUÑA MORENO; VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.). *Código Civil comentado*. Vol. III, 2011, 692.

<sup>424</sup> Como ya señaló Riccardo ORESTANO en relación a la función de interpretación de las normas, “bajo el engañoso manto de una cada vez más articulada y refinada “técnica” interpretativa, es este [el de la interpretación normativa] uno de los campos en los que anidan las más osadas y, a veces alarmantes operaciones ideológicas”. Y añade a continuación: “Y éstas son tanto más insidiosas cuando más se hace ostentación de hacer derivar las soluciones propuestas de postulados “lógicos”, que tendrán que imponerse por la fuerza irresistible de la evidencia”. Concluye: “también en este campo, como en tantos

Esta idea consistente en que sólo hay *una* única interpretación *legítimamente (jurídicamente) correcta*, no es algo, ni mucho menos, obvio, y exige algún apunte.

La idea mencionada, a diferencia de lo que ocurre entre nosotros, ha sido desarrollada y goza de predicamento en el ámbito del *Common Law*. Como ha señalado LEWISON, “although a contract may potentially have more than one possible meaning, the court can select only one meaning (...). The meaning of the contract, once interpreted, does not change”<sup>425</sup>. Y recogiendo la postura sostenida por Lord Diplock en el caso *Slim v Daily Telegraph Ltd* (1968): “Words are the tools of [the trades]. [A person] uses them to define legal rights and duties. They do not achieve that purpose unless there can be attributed to them a single meaning as a “right” meaning. And so the argument between lawyers starts with the unexpressed major premise than any particular combination of words has one meaning, which is not necessarily the same as that intended by him who published them or understood by any of those who read them, but is capable of ascertainment as being the “right” meaning by the adjudicator to whom the law confides the responsibility of determining it”<sup>426</sup>. Esta idea vertebral de la función interpretativa es lo que ha permitido a la doctrina concluir que la finalidad de la misma sea conseguir un *objective approach* de la interpretación contractual, esto es, lo que una persona razonable<sup>427</sup> hubiera interpretado<sup>428</sup>.

---

otros, existen nexos estrechísimos entre cada una de las situaciones históricas en su dinámica, las razones concretas que impulsan a trabajar en una dirección mejor que en otra y las ideológicas que se quieren acreditar como “pura” teoría”. Véase ORESTANO, Riccardo. *Introducción al estudio del Derecho Romano* (traducción y notas de Manuel Abellán Velasco). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, 1997, 72.

<sup>425</sup> LEWISON, Sir Kim. *The interpretation of contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2007, 29.

<sup>426</sup> *Loc. cit.*

<sup>427</sup> TREITEL, *The law of the contract*. London: Sweet & Maxwell, 2011, 208.

“The inquiry is objective: the question is what a reasonable persona, circumstanced as the actual parties were, would have understood the parties to have meant by the use of specific language. The answer to that question is to be gathered from the text under consideration and its relevant contextual scene” (Caso *Sirius International Insurance Co v. FAI General Insurance Ltd*, 2004. Lord Steyn). Extraído de LEWISON, *op. cit.*, 24.

<sup>428</sup> La idea del “hipotético tercero” en la concepción de la función interpretativa no es, sin embargo, desconocido en el ámbito de nuestra tradición jurídica. CARNELUTTI ya se expresaba en estos términos: “la insuficiencia del concepto de interpretación como entendimiento (...) encuentra confirmación en las experiencias más comunes de la interpretación: tanto en sus formas más humildes, como en la del traductor, como en las más altas, como son el intérprete didáctico, dramático o musical, el intérprete es siempre uno que se interpone entre quien manifiesta el pensamiento y quien se lo debe apropiarse para facilitar a este último la apropiación, y, a tal fin, no se limita a tratar de comprender sino que trata de hacer comprender aquello que ha comprendido; por tanto, el concepto de la interpretación, más bien que sobre una pareja debe apoyarse sobre un trío, del cual el intérprete constituye precisamente el término medio” (Véase su obra *Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1971, 164).

También en la doctrina italiana, la idea de que la finalidad de la interpretación contractual consiste en dar un sentido *objetivo* a las declaraciones contractuales (lo que en el *Common Law* hemos visto que se designa con el término “objective approach”) ha sido planteada, creo que certeramente, por Luigi FERRI, sin que el hecho de que de *lege lata* el artículo 1362 del Codice Civile (equivalente a nuestro artículo 1281 CCiv) prevea que en la interpretación debe llevar a esclarecer la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras, haya impedido una conclusión tal. En efecto, FERRI apunta que es *la ley* la que nos indica el camino a seguir para hallar tal voluntad común de los contratantes. Y afirma: “la común intención [*ex art. 1362 Codice Civile* –equivalente a nuestro art. 1281-], al significar un punto de encuentro o combinación de dos voluntades distintas, no coincide necesariamente ni con una ni con otra, ni con la suma de ambas, sino con algo que está fuera de cada una de ellas. En definitiva, el encuentro no puede ocurrir más que en el exterior de ambos sujetos y, por consiguiente, en un plano objetivo”<sup>429</sup>. Y concluye más adelante: “la unidad de la voluntad contractual (...) es para nosotros total, absoluta, precisamente porque no es voluntad de sujetos sino voluntad normativa. En otras palabras, voluntad contractual son, para nosotros, las normas establecidas por medio del contrato”<sup>430</sup>. De aquí, a la concepción de las reglas de interpretación contractual como normas de distribución del riesgo del sentido de la declaración, hay un paso; y lo dio CARNELUTTI, cuando afirmó que “se atribuye a la declaración, en todo caso, no el contenido que en realidad el autor haya querido o el destinatario haya sabido dar, sino aquel que, según las reglas del lenguaje, uno y otro *le deben dar*. Se comprende, por tanto, que el riesgo de una transmisión equivocada del pensamiento sea distribuida justamente y que lo soporte aquella de las partes que no ha procedido de acuerdo con las reglas de la experiencia, es decir, que no ha hablado o que no ha interpretado con propiedad”<sup>431</sup>.

Indirectamente, esto conduce a interesantes conclusiones sobre las que ahora no procede más que dejar indicado. Como el mismo FERRI apunta en coherencia con la tesis sostenida, “[a]cuerdo no significa, pues, concordancia o coincidencia de dos voluntades reales, sino convergencia y fusión de dos

---

<sup>429</sup> FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de Derecho español por Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001, 152.

<sup>430</sup> *Op. cit.*, 155.

<sup>431</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del derecho*. Traducción de Carlos G. Posada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941, 306.

manifestaciones. Se explica así como el contrato puede subsistir sin la concordancia de las voluntades reales”<sup>432</sup>. De este modo se acentúa la idea de declaración “contractual” como conducta (auto)responsable, en la que el sentido que le corresponda está íntimamente relacionado con una idea de seguridad jurídica y de legítima expectativa, que hay que proteger en cabeza del receptor de la misma<sup>433</sup>.

La idea me parece defendible en nuestro ámbito. Además, como se mencionará más abajo, introduce seguridad y previsibilidad a los contratantes. Pero aun así, todavía necesita de más aclaraciones. Para ello, me parece esencial volver al punto de partida: las reglas sobre interpretación de los contratos, contenidas en los artículos 1281 y ss. “[n]o son apotegmas lógicos; por el contrario, suponen criterios de política jurídica, deciden imperativamente casos de duda y ordenan cómo se ha de completar lo establecido en la regla negocial”<sup>434</sup>. Lo acertado de esta regla parece claro, y ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones<sup>435</sup>.

Si se comparte esta tesis (y creo que no ofrece muchas dudas en su acierto), lo que ya no se entiende muy bien es el tradicional criterio jurisprudencial a la hora de diferenciar, dentro de la labor de interpretación del contrato, las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho. LÓPEZ Y LÓPEZ, condensando las ideas que pueden extraerse de la doctrina jurisprudencial, concluye que la interpretación del contrato presupone una primera etapa de cuestiones *de hecho*, y una posterior de cuestiones *de derecho*. Y dentro de la primera, el citado autor entiende que “se puede desdoblar en una primera fase de establecimiento de los datos, o fijación previa de cuáles sean los hechos que se han de interpretar, y una segunda de averiguación del sentido negocial de los datos, que es la tarea propiamente interpretativa. Objeto inmediato y fundamental de la cuestión de hecho será determinar el propósito de la conducta de los contratantes, y a su lado surgirán las indagaciones relativas al contenido dado a la regla contractual (...)”<sup>436</sup>.

---

<sup>432</sup> *Op. cit.*, 154.

<sup>433</sup> En el fondo, late el mismo problema que subyace en el tratamiento del valor negocial de la declaración hecha con “reserva mental”. La solución más razonable a este problema, es enfocarlo desde el punto de vista de la confianza despertada en su receptor atendidas las circunstancias del caso; de otro modo, la figura de la reserva mental sería una ventana abierta para el desdecirse de una declaración contractual.

<sup>434</sup> DE CASTRO, Federico. *El negocio jurídico*, 1971, 80.

<sup>435</sup> De forma reciente, véase la STS de 2-VII-2015 (núm. 405/2015).

<sup>436</sup> *Op. & loc. cit.* No obstante, véase lo que se expone más abajo.

Como no podría ser de otro modo, las reglas jurídicas de interpretación contenidas en los artículos 1281 y ss CCiv, son lo suficientemente amplias y abstractas como para pretender ser aplicadas a cualquier hipótesis de relación contractual. Estas reglas, como reglas de atribución de sentido, efectivamente conducirán a la *única* interpretación legítimamente deseable (esperable) por el Derecho atendido el caso concreto, esto es, la única interpretación jurídicamente deseable para *esa*, y no otra, relación contractual. Esto implica un proceso necesario de aplicación del Derecho (aplicación de las reglas jurídicas de interpretación al objeto de la interpretación: el contenido contractual), y como tal proceso aplicador (intelectual) del Derecho para la resolución de un conflicto, está condicionado por la valoración subjetiva y el criterio del *concreto* aplicador del Derecho *in casu*. Por eso, no hay que confundir, por un lado, que sólo haya *una* interpretación legítima para el Derecho en cuanto las normas jurídicas de interpretación son manifestación de un criterio de política legislativa, y por otro lado, que no sea teóricamente posible llegar a, por ejemplo, dos conclusiones interpretativas diferentes para un mismo caso, aun aplicando las mismas reglas jurídicas de interpretación (arts. 1281 y ss.), sencillamente porque los intérpretes son, también, dos personas distintas.

La labor de interpretación de un contrato es siempre una labor jurídica, y por tanto, juzgable en términos jurídicos. Este es el verdadero sentido de la línea jurisprudencial, ampliamente consolidada, que niega la posibilidad de revisar en casación la interpretación contractual dada en las instancias anteriores “siempre que las normas jurídicas de interpretación hayan sido respetadas”, o que la interpretación resulte manifiestamente “ilógica o absurda”.

¿Conduce esto a la necesidad de acudir a la diferenciación entre cuestiones de hecho / cuestiones de derecho, en orden a delimitar en materia de interpretación contractual, el ámbito del que puede conocer el Tribunal Supremo en un recurso de casación? En mi opinión no. Nótese que la cuestión, planteada en términos de cuestión de hecho / de derecho encierra una contradicción: la revisión en casación de la interpretación dada en las instancias inferiores no es posible, siempre que sea el resultado de aplicar las reglas jurídicas (ineludibles) de interpretación o no resulte ilógica ni absurda; luego necesariamente, para *descartar* la revisión en casación de una interpretación dada, es necesario que el Tribunal Supremo juzgue la *juridicidad* de dicha interpretación, es decir, que se ajusta a Derecho: si la juzga *adecuada* a los criterios legales de interpretación, la da por buena y *se abstiene* de entrar más allá en la

materia, entendiendo que entrar en ello desborda la finalidad del recurso de casación<sup>437</sup>; *en otro caso*, interpretará aplicando las reglas de los artículos 1281 y ss. CCiv, y *revocará* la interpretación asumida en la instancia inferior<sup>438</sup>. Obsérvese que, si se da lo primero, con arreglo a la doctrina que aquí se cuestiona se entendería que se trata de una cuestión *de hecho* que excede de la órbita del recurso de casación; pero si entiende que se da lo segundo, la cuestión pasa a ser una cuestión *jurídica* (y no meramente de hecho), y por tanto *entra* en la órbita material de un recurso de casación para *casar* la interpretación dada por buena en la instancia inferior<sup>439 y 440</sup>.

La que para mí es la única y verdadera razón de la anterior doctrina del Tribunal Supremo, no es tanto que se trate de una cuestión, en unos casos, de hecho y en otros casos jurídica: *que en unos casos se entienda jurídicamente correcta una interpretación y en otros no, cambiará el sentido de la decisión del Tribunal Supremo, pero no puede afectar a la naturaleza intrínseca (jurídica/de hecho) de la cuestión como tal*<sup>441</sup>. El empleo de tales calificaciones de las cuestiones (como de hecho o como jurídica)

---

<sup>437</sup> “Queda fuera del ámbito del recurso cualquier revisión del resultado de la investigación del sentido jurídicamente relevante de las declaraciones de voluntad de los contratantes que resulte respetuoso con los imperativos legales que disciplinan la labor del intérprete, aunque no sea el único admisible conforme a ellos (...), porque tal tipo de conclusión excedería del ámbito propio de este recurso extraordinario (...)” (STS 4-II-2015 (núm. 14/2015); STS de 22-VI-2011 (445/2011)).

<sup>438</sup> Como sucedió en el caso tratado en la STS 2-VII-2015 (núm. 405/2015).

<sup>439</sup> La cuestión creo que se ve clara si se lee la STS de 21-X-2011 (696/2011), en la parte que se transcribe a continuación: “la interpretación de los contratos es una facultad propia de los tribunales de instancia, que ha de ser mantenida en casación salvo que resulte ilógica o absurda, o viole directamente una norma jurídica que impusiera determinada interpretación, pues no se trata de obtener mediante el recurso de casación –que no es una tercera instancia– un pronunciamiento que opte por la mejor de las interpretaciones posibles (...) sino corregir aquélla que constituya una clara vulneración del ordenamiento jurídico”.

<sup>440</sup> La contradicción apuntada alcanza su máxima expresión en la STS de 2-IV-2002 (284/2002). Se transcribe a continuación, por ser muy ilustrativo, el siguiente fragmento de la misma: “la interpretación contractual se desdobl[a] en dos partes: la fijación de los hechos –«questio facti»–, y la aplicación de las normas valorativas o interpretativas –«questio iuris»–.

Pues bien, en la sentencia recurrida se ha fijado de una manera lógica y racional que el contrato que suscribieron las partes el 25 de enero de 1992, es un efectivo contrato de compraventa y no uno de opción de compra; deducción que se basa en unos datos concretos, como son la entrega en el acto por el vendedor de unos determinados bienes inmuebles en los que ha realizado determinadas obras, a cambio de recibir como precio aplazado un efecto por trece millones de pesetas que resulta impagado. Todo ello a pesar de una posible literalidad del contrato por nominarlo como opción de compra.

Con todos estos datos –objeto y precio– que hay que respetar como elementos de la soberanía de la instancia, no hay más remedio que calificar, ahora, como un verdadero contrato de compraventa, el aludido con anterioridad, ya que se dan los requisitos esenciales para ello”.

<sup>441</sup> En efecto, el mismo LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, reconoce que en la postura jurisprudencial que es comúnmente defendida, “hay muchas veces un camino de ida y vuelta estrechísimo porque en bastantes ocasiones para dilucidar el absurdo, la arbitrariedad, la ilógica y hasta la plausibilidad hay que denunciar en casación la infracción de las normas de interpretación. La postura del Tribunal Supremo es poco clara (y tal vez no pueda serlo) sobre el límite entre cuestión de hecho y cuestión de derecho, viéndose que se atiende (y tampoco es serio motivo de crítica) a la justicia material, por mucho que eso sea impropio de la casación” (p. 693). En mi opinión, la idea planteada aquí por el citado autor debe compartirse.

responde más bien a una idea *meramente práctica*, cual es la inmediatez del juez, en primera y segunda instancia, respecto a las fuentes probatorias; inmediatez de la que *carece* el Tribunal Supremo cuando conoce en casación. O expresado de otra forma: el juez de primera instancia, o el tribunal de apelación, siempre podrán formarse una mejor idea de la interpretación jurídicamente adecuada al caso concreto, porque han tenido la posibilidad de conocer de forma inmediata los elementos fácticos relevantes para llegar a esa conclusión, conforme a la actividad probatoria desplegada por las partes. Por ello se permite que, *incluso aunque se trate de una cuestión distinta a la violación de los artículos 1280 y ss.*, sí quepa *casar* la sentencia inferior, pero con la condición de que la interpretación dada sea flagrantemente “ilógica o absurda”, que es lo mismo que decir en términos prácticos, cuando *a pesar de la inmediatez en el acceso a las fuentes probatorias* no se puede tener por correcto que ello sea una interpretación legítimamente esperable<sup>442</sup>. Pero la única cuestión *verdaderamente de hecho* que se da en materia probatoria, consiste en la prueba material de los hechos sobre los que va a proyectarse la labor interpretativa como proceso jurídico, nada más.

Por otra parte, y para concluir en este subapartado, no debe confundirse el carácter objetivo de la naturaleza de función interpretativa como proceso jurídico, con la clásica bipartición de las normas interpretativas en normas de interpretación objetiva y normas de interpretación subjetiva<sup>443</sup>. Incluso en las llamadas normas de interpretación subjetiva (como sucede con la del art. 1281 CCiv), la interpretación dada a los términos de un contrato como resultado del proceso interpretativo-jurídico, se apoyan implícitamente en un elemento de *probabilidad* de lo que realmente se quiso decir en el momento de celebración del contrato. Sólo hay que pensar que la aplicación de las reglas jurídicas de interpretación de los contratos están previstas para las hipótesis de conflicto entre los contratantes sobre el sentido de los términos empleados; términos que cada una de las partes ha empleado-aceptado en cuanto ha entendido en ese momento que reflejan adecuadamente su intención (pues de otra forma, no las hubiera empleado-las hubiera rechazado). Es decir: los términos empleados en la contratación son el punto de partida de cualquier investigación que pretenda indagar en la *verdadera*

---

<sup>442</sup> *Vid.* parte transcrita de la STS de 21-X-2011 (676/2011).

<sup>443</sup> En palabras de DÍEZ-PICAZO, hablamos de interpretación objetiva cuando se “trata de eliminar las dudas y ambigüedades de la declaración contractual atribuyendo a la misma un sentido y un significado obtenido a través de criterios objetivos, con independencia de lo que los declarantes pudieran querer”. Hablamos de interpretación subjetiva “cuando se dirige a averiguar o a buscar la voluntad o intención común de los contratantes”. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, *Introducción. Teoría del contrato*. Madrid: Civitas, 2007, 496-497.

intención de los contratantes, en cuanto que se entiende que su empleo es reflejo de aquella intención. Y en este punto el intérprete se mueve en términos de *probabilidad*, por mucho que ésta sea elevada, en cuanto que le resulta *imposible* tener la certeza *absoluta* de la verdadera intención del contratante en cuestión más allá de entender que lo *razonable* (y por ello, el Legislador lo convierte en *legítimo*) es que los términos empleados reflejan la voluntad de su emisor. Por ello, incluso aquellas disposiciones respecto de las que la doctrina ofrece pocas dudas a la hora de calificarlas como normas de interpretación *subjetiva*, son herramientas enmarcadas en un proceso jurídico cuyo resultado en cierta medida es independiente de la *verdadera* intención, en términos de *absoluta seguridad*, de los contratantes. De ahí que, como se ha adelantado, haya que establecer la diferencia entre el carácter objetivo de la naturaleza de función interpretativa como proceso jurídico, y las llamadas normas de interpretación objetiva como contrapunto a las normas de interpretación subjetiva.

#### B) La previsibilidad del resultado interpretativo

Como consecuencia de la idea explicada en el apartado anterior, con mayores o menores dificultades, la interpretación que haya que darle a los términos contractuales es un resultado previsible *a priori* durante la fase de negociación y formación del contrato, y por tanto, por el solo hecho de contratar en los términos en que se hace, implica que las partes asumen (se autorresponsabilizan de) ese resultado interpretativo, que es lo mismo que decir, de ese contenido contractual.

En este sentido, de nuevo la doctrina jurisprudencial en el ámbito del *Common Law* servirá para ilustrar este aspecto: “The objective interpretation is of paramount importance in commercial affairs; commercial men have frequently to take important decisions with some speed, and it is of great importance that they all know that they can rely on Courts and arbitrators, if any dispute should later arise, to adopt the same objective approach as the themselves have to adopt in the daily administration of their contracts”<sup>444</sup>.

La idea ya había sido intuita por CARNELUTTI cuando afirmó que “declarante e intérprete han de ser dos jugadores perfectos, en forma que uno y otro conozca y sepa

---

<sup>444</sup> Caso *President of India v Jebsens (UK) Ltd*, 2005, Lord Goff of Chieveley. Extraído de LEWISON, Sir Kim. *The interpretation of contracts*, op. cit., 25.



aplicar la regla del juego. Se necesita la unidad de método entre ambos. Tienen que hacer, aun cuando en sentido inverso, el mismo camino”.

## EL DOCTOR EXIMIUS: ANTIGUAS Y NUEVAS DOCTRINAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS.

*José Ignacio Herce Maza.*<sup>445</sup>

**SUMARIO.** 1. Prolegómenos. 2. Algunas referencias a la interpretación de las normas. 3. Suárez, contexto histórico y noción de ley. 3.1 *Contexto histórico y obra.* 3.2 *La noción de ley y Derecho en Suárez.* 4. La interpretación de las normas en Suárez. Nuevas doctrinas. 4.1 *La voluntas legislatoris.* 4.2 *La epiqueya.* 4.3 Realismo jurídico y Suárez, 5. La necesidad de emplear criterios extra-positivos en la interpretación de las normas jurídicas. Conclusiones.

### 1. Prolegómenos

Francisco Suárez (Granada, 5 de enero de 1548 – Lisboa, 25 de septiembre de 1617) se puede enmarcar dentro de los que podríamos llamar “autores clásicos”, no tanto en relación con los autores de la antigüedad griega o romana sino tal y como dice nuestro Diccionario de la Real Academia a quién se tiene por modelo digno de imitación. Algunas características de lo que podemos llamar clásico son el equilibrio entre el fondo y la forma, una sensibilidad profunda pero no exacerbada, una elegancia basada en la sobriedad... pero sobre todo atemporalidad. Un autor se convierte en clásico cuando es intemporal y su obra sobrevive al paso del tiempo.

Esta referencia a lo intemporal resulta el centro de la tesis que me propongo defender en esta comunicación: me centraré en argumentar que muchos de los planteamientos suaristas en relación a la interpretación de la ley siguen siendo todavía válidos e incluso se encuentran presentes en algunas concepciones interpretativas actuales. En base a todo lo anterior, haré hincapié en la necesidad de acudir a criterios extra-positivos a la hora de interpretar las normas en aras de aplicarlas a un caso particular, cuestión que además de estar presente en SUÁREZ y en muchas corrientes

---

<sup>445</sup> [jignacio.herce@gmail.com](mailto:jignacio.herce@gmail.com)

doctrinales actuales, considero necesaria para aplicar la ley conforme a criterios de Justicia, observando el caso concreto siempre y cuando se mantenga fidelidad a la seguridad jurídica.

Es esencial que antes de centrar el tema proporcionemos unas bases acerca de la interpretación jurídica y sobre SUÁREZ: su vida y su obra.

## **2. Algunas referencias a la interpretación de las normas.**

Previo análisis a la doctrina suarista de la interpretación normativa, es preciso delimitar con claridad que entendemos por interpretación, a qué necesidades responde y la finalidad del fenómeno interpretativo.

En palabras de LARENZ, cuando interpretamos actuamos como mediadores para comprender el sentido de un texto que se nos ha convertido en problemático. Se actúa como mediador porque al intérprete se le presentan varios significados posibles de un término y se pregunta por su significado exacto. Para ello hay que examinar su conocimiento individual, el contexto, la situación que motiva el texto así como otras circunstancias hermenéuticamente relevantes.<sup>446</sup>

Las conclusiones del intérprete no son tanto lógicamente vinculantes como una elección motivada por razones suficientes entre diferentes posibilidades de interpretación. “Interpretar” un texto no quiere decir otra cosa que decidirse por una serie de posibles interpretaciones que hacen aparecer a la elegida como la “pertinente”.<sup>447</sup>

Es un proceso muy complejo a través del cual intentamos explicar el sentido de una ley, decisión o acto. Y gracias a él logramos conocer y comprender el sentido verdadero de la norma. La interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión.<sup>448</sup>

La interpretación de las normas, no es ni mucho menos reciente, más bien forma parte de lo que denominamos aplicación de la norma jurídica. En algunas fases de la Historia la hermenéutica jurídica ha desempeñado papeles esenciales, llegando a crear

---

<sup>446</sup> LARENZ, K. “*Metodología de la Ciencia del Derecho*”. 4ª Edición. Ariel Derecho, (Barcelona, 2010). Pág. 192.

<sup>447</sup> *Ibidem*. Pág. 192.

<sup>448</sup> GADAMER, H.G. *Verdad y método*. ED. Sígueme, (Salamanca, 1984). Pág. 382.

Derecho. En la antigua Roma el *ius civile* se conforma con un conjunto de normas consuetudinarias de carácter rígido, formalista y simple. Empleando estas normas y tomando como referencia la Ley de las XII Tablas, se elabora la jurisprudencia.<sup>449</sup> Estos juristas no tenían *potestas* pero sí *auctoritas* y se dedicaban a la práctica del derecho e interpretaban leyes dudosas deduciendo sus consecuencias prácticas. Siempre respetando la ley, desarrollaban y perfeccionaban su aplicación. Este sistema basado en la *interpretatio* cayó cuando el Derecho avanzó tanto que no podía ser una simple elaboración de los juristas que hacían evolucionar los preceptos tradicionales, sino que los antiguos romanos consideraron que el Ordenamiento Jurídico debía evolucionar funcionando a base de actos de autoridad, en concreto del Pretor, magistrado que gozaba de *imperium*. No obstante, el célebre romanista JUAN IGLESIAS dijo, defendiendo la importancia de los jurisconsultos romanos: “*si la mano del Pretor ha llevado la paleta, el arquitecto ha sido el jurista*”. La interpretación de las normas no es, ni mucho menos un fenómeno reciente.

La hermenéutica jurídica es necesaria e inherente a toda norma jurídica. Muchos autores, como SAVIGNY, consideraban la interpretación como una unidad de dos elementos, la interpretación (como método para subsumir una norma en un caso concreto) y la aplicación de la misma al caso. Está siempre presente cuando tenemos que subsumir unos acontecimientos en el supuesto de hecho de una norma jurídica, es decir, cuando individualizamos en un caso particular la norma.

Una máxima romana, expresaba lo siguiente: *in claris non fit interpretatio*<sup>450</sup> (lo que está claro no necesita interpretación). Por tanto, tenemos que determinar cuándo una norma jurídica no es clara o se nos presenta oscura. En atención a este principio, una norma jurídica es oscura por algunos de los siguientes motivos: a) tiene carácter normativo, lo que quiere decir que afecta a la vida, b) ha de aplicarse a un caso concreto, c) el significado de las palabras que no es único ni indiscutible o d) no todos los conceptos jurídicos están bien delimitados.

Siendo conscientes de que una norma jurídica siempre necesita ser interpretada para ser aplicada, hemos de observar a qué finalidades podemos encaminar la hermenéutica jurídica, los autores ofrecen diferentes visiones sobre esta cuestión: unos

---

<sup>449</sup> IGLESIAS, J. “*Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*”. 6ª Edición. Ediciones Ariel, (Barcelona, 1972). Pág. 41.

<sup>450</sup> Es un principio importantísimo en el Derecho. Por ejemplo, lo encontramos positivizado en la interpretación de los contratos, en particular en los arts. 1281 y 1286 de nuestro Código Civil.

pretenden descubrir el sentido literal de la ley, otros en conjugar los intereses de la sociedad, otros buscar la voluntad del legislador<sup>451</sup> (o la de la propia norma) y un largo etcétera.

Una postura integradora y ecléctica se presenta como la opción más razonable, ya que unas u otras tesis nos pueden llevar a reduccionismos absurdos. En el fondo, todas las doctrinas sobre la hermenéutica jurídica coinciden en la *verdadera finalidad* de la interpretación, que es descubrir el sentido de la norma jurídica, pero difieren en el camino para encontrarlo. Esta postura ecléctica tiene que atender a todos los criterios anteriores, y tener presente la realidad social, económica, cultural... de la sociedad a la que se aplica un ordenamiento jurídico. Ha de partir de la interpretación literal, tomar en cuenta los demás elementos, y sobre todo atender al entorno social y real del Ordenamiento. Hay que tener en cuenta los criterios de la llamada razonabilidad, y entender que el Derecho se aplica a la vida y regula la vida. Por ello la interpretación adecuada será la que integre todos estos elementos y no pierda de vista la realidad a la que ha de aplicarse.

### **3. Suárez, contexto histórico y noción de ley**

Para comprender adecuadamente el pensamiento suarista, sobre todo en lo relativo a la hermenéutica jurídica, poder relacionarla con las doctrinas contemporáneas y ser capaces de obtener conclusiones vigentes en la actualidad, es necesario entender el contexto histórico en el que se desenvolvía y su obra así como la noción de ley tal y como SUÁREZ la entendía.

#### ***3.1 Contexto histórico y obra***

En el Renacimiento, época en la que se desarrolló SUÁREZ, se habían constituido en Europa las grandes monarquías nacionales de Francia, España e Inglaterra; pero los reyes no se contentaban con ser monarcas absolutos, exentos de todo control parlamentario, fuentes únicas de legislación y administración, sino que deseaban poseer una autoridad absoluta, fuera y por encima de todo vínculo moral; no se trataba solamente de un régimen absoluto, sino de un absolutismo estatal.<sup>452</sup>

---

<sup>451</sup> Como veremos con posterioridad, por esta tesis aboga SUÁREZ. Para él la ley no es otra cosa que, *lato sensu*, la manifestación de la voluntad del legislador. “*La mente del legislador es el alma de la ley*”.

<sup>452</sup> FAGGIN, G, VANNI-ROVIGHI, S, DI NAPOLI, GIACON. “*Historia de la Filosofía I*. 1º Edición. Ediciones Rialp. (Madrid, 1965). Pág. 584.

Huelga decir que SUÁREZ es el representante más importante de la Segunda Escolástica. Se enfrenta a las tres corrientes más importantes de su época: el tomismo, escutismo y ockamismo. Una vez estudiadas todas, se acerca a SANTO TOMÁS, sin dudar en diferir con él en los puntos que él considera que debe hacerlo<sup>453</sup>. GROCIO caracterizó a SUÁREZ como un *teólogo y filósofo de una profundidad que apenas tiene igual*. De hecho, leyendo su obra se descubre a un autor prolijo, pero sin duda sistemático, que no se limita a recitar opiniones, sino que las sopesa y contrapone formando sus propias conclusiones.

La contribución del *Doctor Eximius* es esencial, puesto que aporta unos criterios de hermenéutica jurídica aún vigentes en la actualidad. En su época, la disrupción normativa y poca cohesión hacía imprescindible una auténtica metodología de interpretación y aplicación.

SUÁREZ elaboró una filosofía jurídica actuando como mediador entre la concepción medieval de ley y las doctrinas de la época que él vivió. Su obra *fue más allá de todo lo elaborado por la Edad Media y que ejerció una influencia profunda*.<sup>454</sup>

### **3.2 La noción de ley y Derecho en Suárez**

Es imprescindible conocer la definición la Ley para el Doctor *Eximius* en la medida en que es el objeto del fenómeno interpretativo. De hecho, la hermenéutica jurídica llegará a ser tan importante para SUÁREZ que, decidiendo sobre la justicia o injusticia de una ley, podría ésta llegar a no aplicarse. Es necesario, finalmente hacer alguna referencia a su idea de Derecho. Si de la ley conocemos el objeto de la interpretación, con el concepto de Derecho veremos qué criterios emplearíamos siguiendo la doctrina suarista para interpretar la ley.

Parte SUÁREZ de la definición de SANTO TOMÁS: “*la ley es una cierta norma y medida, según la cual uno es inducido a obrar o abstenerse de obrar*”. Definición que tacha inmediatamente de demasiado amplia. Poco después nuestro autor considerará la ley un precepto común, justo y estable, que ha sido suficientemente

---

<sup>453</sup> Por ejemplo, al definir SUÁREZ la ley, parte de santo Tomás, sin dudar en matizar y limitar el alcance de su definición por considerarla en excesivamente amplia. Solamente después de estudiar diferentes autores y contraponerlos decide definir la ley como *un precepto común, justo y estable, que ha sido suficientemente promulgado*. Trabaja por tanto con santo Tomás, de la misma manera que él lo hizo con Aristóteles.

<sup>454</sup> COPLESTON, F. “Historia de la Filosofía 3: de Ockham a Suárez”. Ariel Filosofía. (España, 2007). Pag. 362.

promulgado. Dicho de otra manera, *sólo podemos llamar ley a la que simplemente es medida de rectitud y, por consiguiente, sólo a la que es regla y honesta*<sup>455</sup>. Y para fortalecer su definición cita de nuevo a SANTO TOMAS (*un precepto no es ley, sino injusticia*), a SAN AGUSTÍN (*no es ley la que no es justa*) y finalmente CICERÓN (*la ley debe tener como objeto una vida recta, tranquila y feliz; por eso quienes dictaron leyes injustas dieron cualquier cosa menos leyes*). Es más, cuando hablamos de una ley cuando es injusta, la denominamos *ley por cierta analogía en cuanto a que establece un determinado modo de obrar*.<sup>456</sup> Una ley injusta no es ley, por lo que no obliga. Incluso, para el *Doctor Eximius* obedecer una ley injusta puede llegar a ser ilícito. Con estos razonamientos se pretende superar al positivismo tan desproporcionado de nuestro tiempo (aunque parezca imposible). Si bien es cierto que este concepto no es aplicable a la actualidad, esta definición la emplearemos como *canon interpretativo*.

Siguiendo de cerca la clasificación de GUANDIQUE y sin perjuicio de otras posibles, SUÁREZ distingue varios tipos de leyes, a saber: A) *eterna y temporal*. B) *natural y positiva*. C) *civil y eclesiástica*.<sup>457</sup> Nos centraremos aquí en la ley natural y en la ley positiva (humana), por ser el centro de nuestro estudio.

En cuanto a la ley natural, según SUÁREZ, hay que obedecer lo que *la naturaleza prohíbe, manda o permite*.<sup>458</sup> Además, por ley natural no entendemos la que radica en el hombre sino *la que se da en todas las cosas a través de la inclinación que puso en ellas el Autor de la naturaleza*, entendiéndola de una forma similar a la de PLATÓN. Y su importancia es capital ya que lo justo natural se relaciona con la Justicia y es una *conditio sine qua non* para que una ley lo sea de verdad y no por analogía. La ley natural, en lo que atañe a la moral no es otra cosa sino aquella ley que radica en la mente humana, en orden a distinguir lo bueno y lo malo, tal y como CICERÓN enuncia *De ahí que se haya ponderado con toda justicia a esa ley que los dioses dieron al género humano, pues es la razón y la mente del sabio, apta para mandar y prohibir*.<sup>459</sup> Aquí observamos la diferencia entre el derecho racionalista y el naturalismo clásico ontológico. El primero entiende que el Derecho está en la razón, y el segundo considera

<sup>455</sup> SUÁREZ, F. *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I: de lege in communi eisque naura, causis et effectibus*. 1º Edición. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. (Madrid, 1971). Pág. 15.

<sup>456</sup> SUÁREZ, F. *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. Op cit.* Pág. 16.

<sup>457</sup> GUANDIQUE, J. S. "Noción de ley. Doctrina de Francisco Suárez". *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, Tomo 2. (Mendoza, Argentina, marzo - abril 1949). Pág. 1294.

<sup>458</sup> SUÁREZ, F. *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. Op cit.* Pág. 4.

<sup>459</sup> SUÁREZ, F. *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. Op cit.* Pág. 44.

que hay una serie de normas inherentes en la naturaleza humana y que el hombre ha de descubrir. El Derecho es mucho más que la aplicación de un silogismo.

Finalmente distingue varios tipos de preceptos que podemos englobar dentro de esta ley natural: dos tipos de principios evidentes por sí mismos: los principios morales de carácter general y primario (haz el bien y evita el mal), y unos principios más específicos (hay que vivir con moderación). Ahora bien, hay otros que no son tan evidentes pero que se pueden deducir mediante la razón (no podemos justificar una mentira). COPLESTON, tras estudiar a SUÁREZ establece que para nuestro autor un acto es bueno si está de acuerdo con la recta razón, y por ello *la ley natural ordena, pues, que todo acto humano concreto sea bueno y no malo*<sup>460</sup> lo que no quiere decir que se ordene que todo acto bueno se realice.

Por otra parte, la ley positiva<sup>461</sup> es una ley humana, que dispone y crea una nueva obligación. Al ser una ley hecha por hombres, es imperfecta y por ello ha de ser interpretada. Además, tal y como hemos visto, está sometida a una serie de requisitos para su existencia.

Una vez ya entendemos qué es la ley para SUÁREZ, pasamos a estudiar qué es para él el Derecho en la medida en que no nos fundamentaremos únicamente en “la ley escrita” para decidir si subsumimos o no un determinado acontecimiento en la realidad fáctica de un supuesto de hecho de una norma jurídica, sino que tendremos como referente la idea de Derecho, idea que supera con creces el literalismo de la ley.

Bien, de las tres derivaciones etimológicas que nos ofrece SUÁREZ en su obra, nos interesa la tercera, que se denomina *ius* (Derecho) como derivación de *iustitia* (Justicia) tal y como lo afirma ULPIANO<sup>462</sup>, para SAN AGUSTÍN “*Dicen que es ius lo que manó de la fuente de la justicia*”.<sup>463</sup> De hecho, dos acepciones nos encontraremos de la palabra Derecho, una primera que *significa lo mismo que lo justo y lo equitativo, que es precisamente el objeto de la justicia*<sup>464</sup>, entendiendo a la justicia como una virtud general (que está relacionada con la equidad o *epiqueya*), o como la virtud específica de

---

<sup>460</sup> COPLESTON, F. “Historia de la Filosofía 3. *Op cit.* Pág. 368.

<sup>461</sup> SUÁREZ incluye dentro de la ley positiva, a la ley humana propiamente dicha. Cuando nosotros nos refiramos a ley positiva, hablamos de ley humana convertida en Derecho escrito.

<sup>462</sup> SUÁREZ, F. *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. Op cit.* Pág. 21.

<sup>463</sup> *Ibid.*, Pág. 22.

<sup>464</sup> *Ibid.*, Pág. 23.



dar a cada uno lo suyo<sup>465</sup>. Ahora bien, la segunda acepción se refiere a la equidad *que en justicia se debe a cada uno*, el significado más habitual. De hecho, citando a Cicerón determina que *el mismo nombre de ley implica la exigencia de cumplir lo justo y conforme a Derecho*, recordándonos poco después que *la verdadera ley debe mandar lo equitativo y lo justo*.<sup>466</sup> También considera la noción de derecho en cuanto a derecho subjetivo, pero en esta acepción no entraremos.

Finalmente, y es aquí donde está la clave, aclara que cuando se habla de Derecho, no sólo se limita a hablar del Derecho positivo, sino también se refiere al Derecho natural.<sup>467</sup> Por tanto, si es cierto que a veces se equipara a ley, y por ende a un orden o mandato, incluido el concepto de Derecho natural en la noción de *ius* nos damos cuenta de la importancia en SUÁREZ de la aplicación de preceptos (interpretativos o no), que matizan una hermenéutica jurídica de carácter extra-positivo.

#### **4. La interpretación de las normas en Suárez. Nuevas doctrinas**

Ahora que conocemos el concepto de ley y Derecho del Doctor *eximius*, el objeto de la interpretación (ya sabemos lo que es la ley) y como se hayan presentes en el ordenamiento jurídico otros elementos que no son precisamente de derecho positivo *strictus sensu*, que están por encima del mismo, concretaremos algo más y nos centraremos en la *epiqueya* y *voluntas legislatoris* para finalmente relacionarla con las doctrinas del realismo jurídico. Una vez analizado esto, podremos defender la necesidad de aplicación de criterios extra-positivos en la hermenéutica jurídica actual.

Si bien es cierto que muchas de las directrices sobre su teoría de la interpretación de las normas se encuentran a lo largo de su prolija obra, concentra su pensamiento sobre esta materia en su *Liber VI: De interpretatione, cessatione et mutatione legis humanae*, de su emblemática obra *De Legibus ac Deo Legislatore*. Para nuestro autor, el concepto de interpretación no es unitario y se puede entender de dos maneras, una en sentido amplio, y otra en sentido estricto.

En un sentido estricto, la interpretación de las normas no es otra cosa que *la aclaración y comprensión de su verdadero sentido y, por así decir, inmediato de la ley misma, fijándose sólo en el significado usual y propio de las palabras y en el sentido de*

---

<sup>465</sup> Digesto 1, 1, 10 (Ulpiano).

<sup>466</sup> SUÁREZ, F. *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. Op cit.* Pág. 24.

<sup>467</sup> *Ibid.*, Pág. 27.

la ley que resulta de ellas así entendidas<sup>468</sup>. En este tipo de interpretación no se modifica la Ley (o en términos suaristas; la ley no sufre una *mutación*), sino que simplemente se intenta comprender la norma en función de sus términos y literalidad. Aplicando una cierta analogía, esta manera de entender la interpretación se acercaría a la conocida actualmente como interpretación literal. Si bien es cierto que esto no es óbice para atender al sentido propio de las palabras del texto, se acudan a otros elementos de la interpretación como la *voluntas legislatoris*.

Por otra parte, ya desde una perspectiva más amplia, SUÁREZ admite un tipo de interpretación que es capaz de modificar la ley, porque *se comprende lo que con frecuencia sucede, a saber, que esta interpretación no sea una mera aclaración del sentido de la ley anterior, sino también una cierta mutación, sea añadiendo o sea quitando... por lo tanto, aunque ocurra que la interpretación no parezca del todo adecuada al significado propio de las palabras de la ley, no hay que dudar de la autoridad y de la fuerza de la interpretación*.<sup>469</sup> Es una interpretación que modifica el texto normativo, *en cuanto que actúa de alguna manera sobre la ley, la cual es múltiple según sus diversos efectos*.<sup>470</sup> Esta interpretación se da cuando superada la oscuridad en el sentido literal, es necesario acudir a otros criterios para modificar la norma concreta (justicia o *epiqueya* para que la ley, sea ley; por ejemplo).<sup>471</sup> Esta hermenéutica capaz de modificar una ley, puede desplegar efectos como su corrección, ampliación, restricción e incluso excusación.

Es lógico que plantear una hermenéutica capaz de modificar una norma genere ciertas suspicacias en cuanto a seguridad jurídica se refiere, SUÁREZ aclara esta cuestión y cierra con llave a todos aquellos que buscan una “Escuela de Derecho Libre”, determinando que las leyes *tienen que ser claras y no expuestas a engaños y falsas interpretaciones*. Ya que de *no ser así, no habría nada cierto en las leyes ni se podrían regular por ellas las acciones de los hombres, pues cada cual podría a su antojo desviarlas hacia sentidos impropios*.<sup>472</sup> No nos saltamos la norma cuando interpretamos, más bien lo que pretendemos es obtener la verdad que se encuentra en

---

<sup>468</sup> SUÁREZ, F. “*Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: De interpretatione, cessatione et mutatione legis humanae*”. 1º Edición. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 2012. Pág. 47.

<sup>469</sup> SUÁREZ, F. “*Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI. Op cit.* Pág. 21

<sup>470</sup> *Ibid.*, Pág. 47.

<sup>471</sup> Aquí nos encontramos ya con la necesidad de, para conseguir la Justicia en el caso concreto, saltarnos el tenor literal de la norma y emplear criterios extra-positivos de hermenéutica jurídica.

<sup>472</sup> SUÁREZ, F. “*Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI. Op cit.* Pág. 27.

ella, para lo cual empleamos una serie de elementos y priorizamos unos sobre otros, estando por encima del tenor literal la verdadera voluntad del legislador o la Justicia. Las leyes tienen para cada caso particular un significado verdadero que es necesario descubrir. Este significado que se nos muestra oscuro y que por ende, hay que descubrir, es un significado justo, útil y razonable, atendiendo a los criterios en última instancia a principios de justicia, racionalidad y equidad.

Para evitar salirnos de nuestro objeto<sup>473</sup>, mencionamos a modo de conclusión y de base para los epígrafes siguientes que para nuestro Doctor *Eximius* hay tres planos interpretativos diferentes: el sentido literal, la *voluntas legislatoris* (a la que añadimos la razón de la norma) y finalmente un conjunto de criterios extra-positivos. Ahora bien, la *voluntas legislatoris* es un referente interpretativo para la ampliación y restricción de la norma. Y la *epiqueya* es un criterio interpretativo extra-positivo, que nos servirá de base para relacionar el pensamiento suarista con el realismo jurídico y la necesidad de emplear este tipo de criterios extra-positivos en una hermenéutica jurídica actual, rodeada de positivismo extremo.

#### **4.1 La *voluntas legislatoris*.**

Gracias a las palabras se puede acceder a la voluntad del legislador, lo cual nos induce a pensar que hay que dar una mayor prioridad al sentido literal que a la *voluntas legislatoris*, aduciendo como razón que hay que dar fuerza a lo más cierto. Pero, ¿de qué otras maneras podemos alcanzar la voluntad del legislador? Mediante las conjeturas (o dicho de otra manera, la fuerza de las palabras frente a una mente del legislador suficientemente conjeturada), que con un conjunto de indicios bastantes pueden vencer el sentido de las palabras (por ejemplo, la voluntad de los doctores)<sup>474</sup>.

Algunos criterios que podemos destacar son los siguientes: la materia de la ley o el entender las palabras en su verdadero sentido, aunque sea impropio. Estos criterios serán válidos siempre y cuando estén presentes la Justicia y la razonabilidad. Recordamos, de hecho, que una ley injusta no es ley.

---

<sup>473</sup> Es inevitable, por cuestiones de espacio, dejarnos algunas cuestiones en el tintero que, si bien es cierto son interesantes pueden salirse de nuestro objeto: tales como el valor de la jurisprudencia, los tipos de interpretación en función del autor, e incluso los efectos que puede producir la hermenéutica jurídica en una norma explicados con una mayor exhaustividad.

<sup>474</sup> No obstante Suárez previene ante la posibilidad de obrar en contra de la ley aprovechándose de las palabras, conjeturando de la manera que le conviene una falsa voluntad de la ley. En nuestro Derecho se conoce como fraude de Ley.

De hecho, según algunos autores<sup>475</sup>, entienden que el juez *está obligado a juzgar y distribuir la justicia entre las partes de acuerdo con las leyes. Por eso debe atenerse a las palabras de la ley cuando son claras, a no ser que en el mismo juicio se pueda probar con garantía que fue otra la voluntad del superior*”<sup>476</sup>

SUÁREZ, centra la importancia de este elemento interpretativo porque considera que la ley es un acto de voluntad del legislador, y por ello, junto con la razón de la ley es un referente indispensable a la hora de restringir o ampliar una norma, e incluso a tener en cuenta como veremos ahora, en el momento de analizar la *epiqueya*.

## 4.2 La *epiqueya*

La *epiqueya* (llamada equidad por los latinos) es según la tesis aristotélica una virtud consistente en suavizar la ley escrita de forma prudente por encima del rigor de las palabras. La *epiqueya* es una corrección de lo justo legal que para nuestro autor mitiga el rigor del Derecho, que *exige todo lo recto e inflexible*<sup>477</sup>. Esta virtud nos permite alcanzar la Justicia (que, como se dice de la jurisprudencia es el arte de lo bueno y equitativo). Podemos, gracias a ella, matizar una norma, interpretarla e incluso oponernos a la misma.

La *epiqueya*, solamente se emplea cuando la ley falla de tal manera que el aplicarla es injusto. Para SANTO TOMÁS, *cuando al observar la ley, uno discreparía de la intención del legislador*, en el caso de que se apartara en el sentido correcto. Cuando la aplicamos en un caso concreto, *cesa la obligación de la ley... cuando el observarla sería una cosa mala*,<sup>478</sup> o incluso cuando sea demasiado onerosa o genere algún inconveniente. La equidad busca corregir la estricta generalidad de la ley: cuando prescribe lo que es injusto o prescribiendo algo cuando y como no debe, e incluso cuando hay conjeturas suficientes de que la norma discrepa con la *voluntas legislatoris*. Puede tener lugar cuando existe un precepto racional que contradiga la ley humana o haya suficientes conjeturas tomadas de las circunstancias, práctica y gobierno.

Por tanto, la *epiqueya* enmienda la ley y es un elemento correctivo de la norma, porque el legislador mismo si hubiera estado presente, lo hubiera interpretado así. En la tesis suarista, cabe una interpretación atendiendo a criterios extra-positivos y, sobre

---

<sup>475</sup> Como Nicolás de Tudeschis.

<sup>476</sup> SUÁREZ, F. “*Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI. Op cit.* Pág. 163.

<sup>477</sup> SUÁREZ, F. “*Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. Op cit.* Pág. 32-33.

<sup>478</sup> SUÁREZ, F. “*Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI. Op cit.* Pág. 147.

todo, correctivos de la norma jurídica, habilitando al intérprete para, en determinados casos saltarse la letra de la norma. Ahora pretendemos resolver la siguiente cuestión: ¿cabe relacionar estos principios suaristas con alguna doctrina actual, como el realismo jurídico?

#### 4.3 Realismo jurídico y Suárez

El Realismo jurídico<sup>479</sup> es un movimiento que surge, en cierta forma, con objeto de enfrentarse a la Escuela Analítica. Plantearon los autores que pertenecen a esta corriente qué era el “Derecho real” y de que manera podrían encontrarlo. Su principal objetivo era conocer la realidad efectiva sobre la cual se apoya y emana el Derecho vigente. Las leyes, reglamentos e incluso la jurisprudencia son simples fuentes de presunción para conjeturar que es el Derecho vigente, y por ello el Derecho real y efectivo es el que *sobre el caso planteado resuelva el órgano jurisdiccional*.<sup>480</sup> Recordemos que para SUÁREZ, la ley tiene una verdad para el caso concreto al que se aplica, y que hay que descubrirla.

Los realistas enfocan su estudio en la decisión del juez, diferenciando lo que el juez establece en su sentencia y lo que decide de manera efectiva, ya que a veces los razonamientos jurídicos de los fallos son meras ficciones para encontrar una justificación de la decisión que toma el juez. De esta manera, observamos que cuando interpretan las normas, se acercan a SUÁREZ en la medida en que toman criterios extra-positivos, tales como la idea de lo “justo” o “equitativo” que pueda hacerse un juez en un caso particular. De forma implícita incluyen estos principios que fundamentan su decisión en el fallo. Ese principio motiva la resolución, con independencia de que la argumentación empleada sea un camino ficticio para llegar a ello.

Para todos estos autores, una ley no es Derecho mientras no se haya interpretado y aplicado, los tribunales han de descubrir qué significan y que quieren decir las palabras empleadas por el legislador. Aquí nos encontramos con que también considera que la verdad de la norma está en el caso concreto, y que ellos deben descubrirlo. El intérprete, *a la vista* de los hechos, o alegatos *se forma una opinión sobre el caso*

---

<sup>479</sup> Algunos de sus autores destacados son MOORE, COOK, LLEWELLYN, FRANK...

<sup>480</sup> RECASENS SICHES, L. “*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*.” Editorial Porrúa, (México, 1973) Pág. 93.

*discutido, una especie de convicción sobre lo que es justo respecto de éste; y después busca los principios o “considerandos” que puedan justificar esa su opinión, así como articula los “resultandos” de hecho, de modo que los hechos encajen dentro de la calificación jurídica que justifique el fallo que va a tomar”*<sup>481</sup> Si los realistas creen que este es el Derecho, y el derecho se forma en base a las intuiciones de Justicia y equidad de los jueces habrá que conocer como el juez forma esas intuiciones.

Estas intuiciones, si bien es cierto que tienen un marcado carácter subjetivo, están basadas todas en la idea de un referente, para algunos pueden ser sus convicciones personales, para otros la convicción social predominante, para otros las tendencias jurisprudenciales. Ambas tendencias comparten la función correctiva de la norma, y la preponderancia del caso frente a lo escrito.

Las normas jurídicas generales son importantes, pero el Derecho efectivo está completo y real por la acción de los seres humanos que generan relaciones jurídicas, defienden autores como FRANK. Podemos aquí observar, al igual que en SUÁREZ, una subordinación de la ley frente a los criterios particulares del caso en lo que respecta a Justicia y *epiqueya*. Finalmente, encontramos también un reconocimiento por ambas posiciones doctrinales de una mutabilidad del Derecho (que para los realistas es extrema, para nuestros tiempos) y de sus normas.

## **5. La necesidad de emplear criterios extra-positivos en la interpretación de las normas jurídicas. Conclusiones**

Muchas doctrinas han puesto de manifiesto las limitaciones del Derecho positivo, y han constituido una auténtica ofensiva contra quienes consideran que la hermenéutica jurídica es un mero proceso silogístico. En muchos lugares como Alemania, Francia y los países del *Common Law*, infinidad de autores y escuelas<sup>482</sup> se han esforzado en demostrar y han demostrado los límites del silogismo, y que la vida del Derecho no es sólo un asunto de lógica ni debe serlo.

En una sociedad tan dinámica como la nuestra, es imposible que el Derecho se entienda e interprete mediante la aplicación de meros silogismos. Para poder interpretar

---

<sup>481</sup> RECASENS SICHES, L. “Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho.” *Op cit.* Pág. 103.

<sup>482</sup> El juez HOLMES, GENY, EHRLICH, la escuela del Derecho Libre, CARNELUTTI, la jurisprudencia sociológica... y un largo etcétera.

una norma en aras de la Justicia<sup>483</sup> hay que atender a principios extra-positivos. Si bien las normas siguen escritas y tienen una vigencia hacia el futuro, las leyes no pueden conservar en una sociedad dinámica como la nuestra el sentido que tuvieron al nacer. Todo cambia alrededor de las normas: los ciudadanos, legisladores, mercados, jueces... pero hay una serie de principios que o bien inmutables (Derecho natural) bien mutables, hay que tener como referente en la hermenéutica jurídica.

Sabiendo por tanto que el empleo único y exclusivo de la lógica no nos permite siempre alcanzar un resultado justo, y que es necesario acudir a criterios fuera del mero positivismo para interpretar las normas, necesitamos esos razonamientos “razonables” que no “racionales” que nos lleven a una solución correcta, justa y que sea aplicando una razón que nos permita solucionar los problemas encontrando la verdad de la norma en el caso particular.

Todos los ordenamientos jurídicos (y el Derecho como Derecho) tienen unos principios generales, inherentes al Derecho que tienden a alcanzar la Justicia, y que están imbuidos de valores. Todo ello se ve rodeado de una serie de circunstancias como el contexto económico, social, demográfico, político... que matiza las normas y su interpretación. Es aquí donde está la vigencia e intemporalidad de nuestro Doctor *Eximius*, en que hace cientos de años, hablo de la mutabilidad del Derecho, subordinó la ley positiva a unos principios superiores, desarrolló la interpretación correctiva de la norma, y sobre todo, demostró que el Derecho es mucho más que la búsqueda de una norma jurídica, sino que está subordinada a la Justicia. Cuestiones que se siguen planteando en la actualidad y para la que la doctrina suarista, pese a ser desconocida, es fundamental para entender y resolver problemas actuales. Tal y como dice RECASENS SICHES, a la hora de interpretar las normas, hay que acudir al *logos de lo razonable*.

A modo de conclusión:

- Queda suficientemente demostrado que algunos de los planteamientos de la doctrina suarista, están vigentes en la actualidad, sobre todo aquellos enfocados a la interpretación de las normas en base a la voluntad del legislador y equidad.
- De hecho, observamos grandes similitudes entre SUÁREZ y algunas escuelas contemporáneas, como el Realismo Jurídico. La similitud más importante es el

---

<sup>483</sup> Ya sea en términos de SUÁREZ, como en un sentido más actual. Ambos nos sirven.

empleo de criterios extra-positivos en la búsqueda de la justicia, sobre todo en el caso particular.

- Las últimas tendencias positivistas reducen el Derecho a lo escrito y consideran que ha de interpretarse sólo mediante razonamientos silogísticos. No obstante ha de interpretarse el Derecho mediante el *logos de lo razonable*, empleando criterios extra-positivos en los casos particulares.
- Superado el muro del positivismo legalista y la motorización legislativa, aplicando criterios hermenéuticos extrajurídicos, podremos alcanzar la Justicia y la equidad en cada caso particular, sin abandonar nunca la seguridad jurídica.

**Comunicación presentada por José Ignacio Herce el 15 de abril de 2015 en el Congreso “Incidencias del lenguaje en los negocios jurídicos a lo largo de la historia” celebrado los días 14 y 15 de abril en la Universidad Carlos III de Madrid.**

### **Bibliografía.**

- BALAGUER CALLEJÓN, F., *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Tecnos, Madrid, 1997.
- BAUMAN, Z. *Tiempos líquidos*. Tusquets editores, España, 2007.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., “La actividad modificativa o correctora en la interpretación del Derecho”. Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. Jose Castán Tobeñas en el paraninfo de la Universidad de Murcia, Murcia, 29 de mayo de 1946.
- CASTÁN TOBEÑAS J., “Crisis Mundial y Crisis del Derecho”, Apertura de los tribunales de 15 de noviembre de 1960,
- CAPITÁNT, H., *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1930.
- CHIASSONI, P., “Entre formalismo y theological Reading: Garzón Valdés, Francisco



Suárez y la Interpretación de la ley”, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2007, págs. 79-87.

- COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía 3: de Ockham a Suárez*, 6º Edición, Ariel Filosofía, Barcelona, 2007.

- DIGESTO.

- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España. Libro Preliminar*, 2º Edición, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1949.

- DE CHURRUCA, J., *Introducción histórica al Derecho romano*, 5º Edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

- DÍEZ PICAZO, L., *"La interpretación de la Ley"*, Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1981.

- ELORDUY, E., “La epiqueya en la sociedad cambiante, teoría de Suárez”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1967, págs. 229-254.

- ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas.*, 2º Edición, Edición privada, Madrid, 1986.

- GADAMER, H.G., *Verdad y método*, ED. Sígueme, Salamanca, 1984.

- G. FAGGIN; S. VANNI-ROVIGHI; DI NAPOLI; GIACON., *Historia de la Filosofía I*. 1º Edición, Ediciones Rialp, Madrid, 1965.

- GOIG MARTÍNEZ, J. M., “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional.” *Revista de Derecho UNED*, 2013, págs. 257-292.

-HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología del Derecho*, 1º Edición, Revista de Derecho privado, Madrid, 1945.

-HIRSCH, J., *Historia de la Filosofía. Tomo I. Antigüedad, Edad Media, Renacimiento*, 7º Edición, Editorial Herder, Barcelona, 1975.

-IGLESIAS, J., *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, 6º Edición,

Ediciones Ariel, Barcelona, 1972.

-LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4º Edición, Ariel Derecho, Barcelona, 2010.

- MARTINEZ MUÑOZ, J. A., *El conocimiento jurídico*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.

- MERCEDES BERGADÁ, M., “El aporte de Francisco Suárez a la Filosofía Moderna”, *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, 1949. págs. 1921-1923.

- RODRIGUEZ MOLINERO, M. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 4º Edición. Librería Cervantes, España, 2001.

- OLLERO, A., *El Derecho en Teoría*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

- PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho Romano*, Traducido de la 9º edición francesa, Ed. Saturnino Calleja, Madrid, 1926.

- PRIETO SANCHÍS, L., “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, págs. 175-198.

- RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1973.

- RODRIGUEZ MOLINERO, M. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 4º Edición, Librería Cervantes, España, 2001.

- RUIZ MIGUEL, A. *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, 2º edición, Trotta, España, 2009.

-SALVADOR GUANDIQUE, J. “Noción de ley. Doctrina de Francisco Suárez”, *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, 1949, págs. 434-477.

- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Compendio de Historia del Derecho*, 1º Edición, Ed. Manuales Jurídicos Dykinson, Madrid, 2009.

- SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I: de lege in communi eisque naura, causis et effectibus*, 1º Edición, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1971.

- SUÁREZ, F., *“Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: De interpretatione, cessatione et mutatione legis humanae”*, 1º Edición, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2012.